Die Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens und ihre Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast hinsichtlich der faute bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen wegen exécution défectueuse im französischen Recht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Wolfgang Hils
aus Stuttgart

1969

Fotodruck POLYFOTO Stuttgart

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547611_0030

Die Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens und ihre Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast hinsichtlich der faute bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen wegen exécution défectueuse im französischen Recht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Wolfgang Hils
aus Stuttgart

1969

Fotodruck POLYFOTO Stuttgart

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Karl PETERS

1. Berichterstatter: Professor Dr. Josef ESSER

2. Berichterstatter: Professor Dr. Wolfgang FIKENTSCHER

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Februar 1969

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	V
Einleitung	1
1. K a p i t e l Einführung; Geschichte der Unterscheidung	4
§ 1 Einführung	4
§ 2 Geschichte der Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens	7
2. K a p i t e l Die rechtssystematischen Grundlagen der Unterscheidung	17
§ 1 Das Verhältnis zwischen vertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen	18
I. Antithese zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung	18
1. Gerichtsstand	2o
2. Verantwortlichkeit	2o
3. Schädigung durch mehrere	21
4. Umfang des zu ersetzenden Schadens	21
5. Verjährung	22
6. Vertragliche Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse	23
II. Lösung des Problems der Konkurrenz zwischen vertraglichem und deliktischem Schadensersatzanspruch	24
§ 2 Erscheinungsformen der Vertragsverletzung und Grundsatz der Vertragshaftung für "faute"	26
I. Inexécution und exécution défectueuse	26
II. Die faute	29
III. Die cause étrangère non imputable	33
1. Allgemeines	34
2. Force majeure und cas fortuit	34
3. Le fait de la victime	4o
4. Le fait d'un tiers	41
IV. Ergebnis	41
§ 3 Die Ermittlung von Vertragspflichten	41
I. Allgemeines zur Vertragsinhaltsbestimmung	42
II. Die Nebenpflichten	44
1. Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen den Parteien (obligation de collaboration)	45
2. Aufklärungs-, Mitteilungs- und Warnungspflichten (obligation de renseignements)	46

Seite

3. Arbeitsverhältnis 46

4. Die obligation de sécurité 47

a) Definition und Abgrenzung gegenüber anderen Nebenpflichten
b) Abgrenzung der obligation de sécurité von einzelnen gesetzlichen Gewährleistungspflichten für Sachmängelfreiheit 5o
c) Obligation de sécurité in der période précontractuelle und zugunsten von am Vertragsschluss nicht beteiligten Personen 52

III. Ergebnis; Einteilungshinweise 56

3. K a p i t e l Die Theorie der Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens 58

§ 1 Terminologie, Definition der Unterscheidung und ihrer Folgen, Anwendungsbereich 59

I. Terminologie 59

II. Definition 6o

1. Definition der Unterscheidung selbst 6o

2. Definition der Folgen der Unterscheidung 63

III. Anwendungsbereich 64

1. Im Deliktsrecht? 64

2. Konkurrenz von obligation de résultat und obligation de moyens innerhalb desselben Schuldverhältnisses 66

§ 2 Die Begründung der verschiedenen Beweislastverteilung hinsichtlich der faute des Schuldners als Folge oder im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens 67

I. Die Theorie von Frossard 67

II. Die Theorie von H. und L. Mazeaud 7o

III. Die Theorie von Esmein 72

IV. Die Theorie von Mazeaud-Tunc 74

V. Ergebnis 77

§ 3 Hinweis zur nachfolgenden Vervollständigung der Darstellung von der Theorie der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens 79

4. K a p i t e l Überblick über die Anwendung der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens in der Rechtsprechung 81

§ 1 Bei Vertragshaftung wegen Verletzung von Nebenpflichten, insbesondere der obligation de sécurité im engen Sinn 81

I. Beförderungsvertrag 81

1. Personenbeförderung 81

2. Sachbeförderung 86

Seite

II. Arbeitsvertrag - obligation de sécurité des Arbeitgebers 86
1. Hinsichtlich der körperlichen Sicherheit des Arbeitnehmers 86
2. Hinsichtlich der eingebrachten Sachen (Kleidungsstücke, Beförderungsmittel) des Arbeitnehmers 87
III. Lehrer- Schülerverhältnis 89
1. Intellektuelle Unterrichtung 89
2. Sportunterricht und Fahrschule 9o
IV. Vertrag über die Überlassung von Anlagen zur Ausübung eines Sportes 92
V. Mit Maschinenkraft betriebene Jahrmarktsvergnügen 95
VI. Beherbergungs- und Gastaufnahmevertrag 96
1. Obligation de sécurité hinsichtlich der körperlichen Sicherheit des Gastes 96
2. Obligation de sécurité hinsichtlich der eingebrachten Sachen des Gastes 99
VII. Verwahrungs- und ähnliche Verträge; Pflichten desjenigen, der zu bewahren hat und zurückzugeben hat loo
1. Eigentliche Verwahrungsverträge und Verträge mit Verwahrungsvertragselementen bzw. akzessorischen Verwahrungsverträgen loo
2. Sonderfall: Bewahrungs- und Rückgabepflicht des Mieters lo2
3. Vertrag über die Beaufsichtigung von Kindern lo3
VIII. Entgeltliche Zuschauerverträge lo3
§ 2 Bei Vertragshaftung mit speziellem Mängelgewährleistungsrecht lo5
I. Kaufvertrag - Haftung des Verkäufers lo5
1. Sachmängelfälle lo5
2. Verletzung einer obligation de sécurité im engen Sinn durch den Verkäufer llo
II. Mietvertrag - Haftung des Vermieters 115
III. Verwahrungsvertrag - Haftung des Hinterlegers 117
§ 3 Bei Vertragshaftung wegen Verletzung von vertraglichen Hauptpflichten, hinsichtlich welcher ein spezielles Mängelgewährleistungsrecht nicht besteht: louage d'ouvrage, mandat und Arztvertrag 118
I. Werkvertrag - Haftung des Werkunternehmers 12o
II. Dienstvertrag - Haftung des selbständigen Dienstverpflichteten 126

III. Arbeitsvertrag - Haftung des Arbeitnehmers 131
IV. Arzthaftung 135
1. Verletzung von obligation de moyens 135
2. Verletzung einer obligation de résultat 138

5. K a p i t e l Die Kriterien der Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens 143
§ 1 Das Kriterium des aléa important 143
I. Regel- und Ausnahmeverhältnis zwischen obligation de résultat und obligation de moyens ? 143
II. Die herrschende Meinung 144
1. Definition und Bedeutung des aléa 144
2. Einzelfragen 148
a) Massgeblich Parteivorstellung 148
b) Einordnung von rôle actif, unbeschränkter Bewegungsfreiheit des Gläubigers mit der Möglichkeit selbstschädigenden Verhaltens, acceptation des risques
III. Unterscheidungsmerkmale, die nicht herrschende Meinung sind 15o
1. Demogue 15o
2. Frossard 15o

§ 2 Das Kriterium der Struktur- und Funktionsnormalität der zwecks Vertragserfüllung übergebenen oder benutzten Sachen (obligation de garantie du fait des choses employées á l'exécution) 151
I. Die Rechtsprechung ohne einheitliche Lösung 152
II. Generelle Theorie im Schrifttum 153
1. Abgrenzung der haftungsauslösenden Sachanomalien 155
2. Ursache der Regel, dass der durch Sachschädlichkeit geschädigte Gläubiger die faute des Schuldners nicht nachzuweisen braucht 157
3. Verhältnis zum Kriterium des aléa 158

6. K a p i t e l Zusammenfassung im Hinblick auf das Problem der Beweislastverteilung für das Verschulden bei positiven Vertragsverletzungen im deutschen Recht 16o
§ 1 Zusammengefasstes Ergebnis des französischen Rechts 16o

Seite

§ 2 Untersuchung der Verwendbarkeit der Ergebnisse des französischen Rechts für die Lösung des Problems der Beweislastverteilung für das Verschulden bei positiven Vertragsverletzungen im deutschen Recht 162

I. Analoge Verwendung des Begriffspaares obligation de résultat und obligation de moyens selbst ? 162

II. Nur symptomatische Verwendung der vom französischen Recht herausgebildeten Fallgruppen und Unterscheidungskriterien 171

Literaturverzeichnis 182

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
a.E.	am Ende
art.	article
Art.	Artikel
artt.	articles
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BGH	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung) oder nur Bundesgerichtshof
Bull. civ. oder Bull. cass.	Bulletin der Entscheidungen der Chambre civile der Cour de cassation
Cass. oder Cass. civ. oder Civ.	Urteil der Chambre civile der Cour de cassation; mit Ortsnamen zitierte Entscheidungen, beispielsweise "Paris, 14.2.1961", bedeuten Entscheidungen der jeweiligen Cour d'appel
Cass. soc.	Urteil der Chambre civile der Cour de cassation, section sociale
Civ. com.	Urteil der Chambre civile der Cour de cassation, section commerciale
C.c.	Code civil
C. procéd. civ.	Code de procédure civile
C. procéd. pen.	Code de procédure pénale
D (D.)	Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine Dalloz; beispielsweise bedeutet D 1958. 245 die S. 245 des Jahrgangs 1958 dieser Zeitschrift; beispielsweise bedeutet D 1956. somm. 122 die S. 122 des Teiles somm. des Jahrgangs 1956 dieser Zeitschrift
D.H.	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
Dig.	Digesten
erg.	ergänze
Fn.	Fussnote
franz.	französisch
Gaz. Pal.	Gazette du Palais

Gaz. Trib.	Gazette des Tribunaux
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRR.	Höchstrichterliche Rechtsprechung
ICP.	Jurisclasseur périodique, la semaine juridique; beispielsweise bedeutet ICP 1946.II.3236 die Nummer 3236 des II. Teils (jurisprudence) des Jahrgangs 1946 dieser Zeitschrift; beispielsweise bedeutet ICP 1965.I.1918 die Nummer 1918 des I. Teiles (doctrine) des Jahrgangs 1965 dieser Zeitschrift; wird oft abgekürzt auch zitiert: sem. jur.
insbes.	insbesondere
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindemaier, Möhring und anderen
LZ	Leipziger Zeitschrift
m. Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr. (nr.)	Nummer
O.R.	Schweizerisches Obligationenrecht
Prot.	Protokolle der Komm. für die II. Lesung des Entw. des BGB
Rabels Z	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel
Rec. gen. lois.	Recueil général des lois, décrets et arrêts et de la jurisprudence
RGRK z. BGB	Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB
Req.	Urteil der Chambre des requêtes der Cour de cassation
Rev. crit. légis. et juris.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev.int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RG	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung) oder nur Reichsgericht
S.	Seite
S.	Recueil général des lois et des arrêts Sirey (Zitierweise entspr. D)
Seuff. A.	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
s.o.	siehe oben
Sp.	Spalte

s.u.	siehe unten
Trib. civ.	Tribunal civil
Trib. paix	Tribunal de paix
Trib. gr. inst.	Tribunal de la grande instance
vergl.	vergleiche
Warn.	Rechtsprechung des RG, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung abgedruckt ist, begründet von Warneyer

Einleitung

Die von Leo Raape in seiner grundlegenden Abhandlung über die Beweislast bei positiven Vertragsverletzungen[1] vertretene Meinung, dass in analoger Anwendung der §§ 282, 285 BGB der Gläubiger, der Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung geltend mache, die objektive Pflichtwidrigkeit des Schuldners, und der Schuldner zu seiner Entlastung den Mangel subjektiver Pflichtwidrigkeit nachweisen müsse, ist im deutschen Schrifttum schnell herrschend geworden und bis heute wohl geblieben[2].

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und ihr folgend der unteren Gerichte übernahm die scheinbar einfache Formel Raapes jedoch nicht oder nur mit Einschränkungen und stellte von Anfang an auf einzelne Vertragstypen sowie darauf ab, ob die Ursache des Schadenseintritts aus dem Gefahrenkreis des Schuldners hervorgegangen war. Bis heute besteht jedoch mangels grundsätzlicher[3] und infolge vielmehr divergierender[4] Ausführungen des Bundesgerichtshofs keine Klarheit darüber, wie das Herrühren aus dem Gefahrenkreis des Schuldners als Unterscheidungsmerkmal sich rechtfertige und wie der Gefahrenkreis des Schuldners abzugrenzen sei. Seitdem sich der Bundesgerichtshof in einzelnen neueren Entscheidungen ausdrücklich oder stillschweigend gegen eine generelle entsprechende Anwendung der §§ 282, 285 BGB ausgesprochen hat[5], und nachdem einige gleichfalls neuere höchstrichterliche Entscheidungen das Herrühren der Schädigung aus dem Gefahrenkreis des Schuldners verneint haben[6], ist die Auffassung,[7]

---

1) Raape, Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung. Zugleich ein Beitrag zur Überlassung von Sachen von gefahrdrohender Beschaffenheit, AcP 147 (1941), 217 ff.

2) Enneccerus -Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb., 1958, 238 ; Erman (-Groepper), Handkommentar zum BGB, 3. Aufl. I, 1962, Anm. 4 zu § 282; Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, 1966, 152-161 (nur leicht differenzierend); Koepcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, 1965, S. 16o-162; Krönig, MDR 1953, 647 ff.; Lindenmaier, Festschrift Raape, 1948, 349 ff.; Palandt (-Danckelmann), Bürgerliches Gesetzbuch, 26. Aufl. 1967, Anm. 1 zu § 282 ; Rosenberg, Beweislast, 5. Aufl., 1965, 35o ff. und 36o ff.; Schönke, DR 1944, 184 ff.; Soergel-Siebert (-Reimer Schmidt), Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. I, 1959, Vorbem. 41,42 vor § 275 und Anm. 3 zu § 282 ; Staudinger (-Werner), Kommentar zum BGB, 1o/11. Aufl., 1964, Anm. 12 zu § 282; Wenninger, Die Beweislast für das Verschulden bei der positiven Vertragsverletzung, 1964, 73 ff. Einschränkend oder differenzierend: Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., 196o, 213, 335 und 346; Fikentscher, Das Schuldrecht, 1965, 218 ff.; Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, 11. Aufl., 196o, Anm. 4 zu § 282, Anm. 18 des Anhangs zu § 326, Anm. 5 vor §§ 249-255.

3) Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, S. 157

4) Übersicht bei Hans Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für v. Hippel, 1967, S. 517 ff., 519-523

5) BGH NJW 62,31; BGH NJW 64,33

6) BAG JZ 1967, 179, und OLG Düsseldorf, NJW 1966, 736

die Vorbehalte der Rechtsprechung gegen die Formel Raapes hätten wohl nur noch historische Bedeutung, kaum mehr zutreffend. In dem damit zum Ausdruck kommenden Auseinanderklaffen der Meinungen zeigt sich, dass hinsichtlich der Lösung des Problems in Wahrheit erhebliche Rechtsunsicherheit besteht[8]; der gewonnene Eindruck wird verstärkt dadurch, dass auch das neuere Schrifttum vermehrt mit differenzierenden und erheblich von einander abweichenden Auffassungen aufwartet[9].

Da das angeschnittene Beweislastproblem seinen Sitz hat im Bereich der sogenannten positiven Vertragsverletzungen, also eines Rechtsinstituts, das zur Ergänzung des geschriebenen Rechts im Wege der Lückenausfüllung entstanden ist, liegt die Überprüfung nahe, wie eine Rechtsordnung, die eine Haftungsvorschrift auch für den entsprechenden Typ der Vertragsstörung kennt, insoweit löst.[10] Hier bietet sich das französische Recht, das in art. 1147 Code civil eine generelle Haftungsvorschrift aufweist, an. Das französische Recht bietet sich darüber hinaus ganz besonders deswegen an, weil es in den letzten Jahrzehnten eine Rechtsfigur entwickelt hat, die sich speziell mit der differenzierenden Lösung des Beweislastproblems bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen infolge Nicht- oder Schlechterfüllung befasst. Diese Rechtsfigur ist die Unterscheidung zwisch der obligation de résultat und der obligation de moyens, die als, abgesehen von der Fortbildung des zivilen Schadensersatzrechtes, wichtigste Weiterentwicklung des französischen Schuldrechts seit dem römischen Recht bezeichnet wird.[11]

Aufgabe dieser Arbeit soll sein, die Ergebnisse des französischen Rechts darzustellen, um im Hinblick auf das Problem der Beweislast für das Ver-

---

7) Staudinger-Werner, Kommentar zum BGB, 11. Auflage, Anm. 12 zu § 282

8) Stoll, a.a.O., S. 518, 523; Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, S. 157, Fn. 5

9) Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, 8. Auflage, 1967, S. 283-285; Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, 1967, a.a.O.; Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, 1966, S. 65-86, und Versicherungsrecht 1964, 901 ff.

10) zur Rechtsvergleichung zum Zwecke der Lückenfüllung siehe Sandrock, Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, 1966, S. 75 ff.

11) H. Mazeaud: Les travaux de la Commission de Reforme du Code civil francais et l'Unification Internationale du Droit des Obligations, Conférence présentée à Berne, 20.2.1953, Revue de la Société des juristes bernois, Bd. 90, 12.12.1954, S. 540, bei: Pache, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat en droit francais et son application en droit suisse

schulden bei positiven Vertragsverletzungen im deutschen Recht "den Vorrat an Lösungen zu vermehren"[12]. Die Arbeit soll vor allem anhand einer ausführlichen Darstellung von französischer Rechtslehre und Rechtsprechung Material zur "funktionalen Rechtsvergleichung"[13] bieten; demgegenüber tritt die eigentliche Rechtsvergleichung etwas in den Hintergrund.

---

12) Zitelmann, bei Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, 1925, S. 9

13) dazu Sandrock, a.a.O., S. 66 ff., 72

1. K a p i t e l

Einführung; Geschichte der Unterscheidung.

§ 1 Einführung

I.

Auch in Frankreich wird dem zivilen Schadensersatzrecht ohne weiteres eine dominierende Rolle innerhalb der Zivilrechtsordnung und deren Entwicklung durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehrmeinung zugestanden.[1] Das Schadensersatzrecht als Sanktion der vertraglichen und ausservertraglichen Verpflichtungen setzt eine Abgrenzung und Inhaltsbestimmung der juristischen Pflichten voraus, "une nécessité qui s'est de tout temps, imposée aux practiciens"[2]. Die Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens als ein Fall der Pflichteninhaltsbestimmung ist heutzutage eine "classification classique"[3] der vertraglichen Verbindlichkeiten[4].

Die Unterscheidung wird vom Code civil nicht genannt. Im Jahre 1925 wurde sie von Demogue in das Bewusstsein der juristischen Welt gehoben[5]. Demogue lehrte: In manchen Fällen verspricht der Schuldner ein ganz bestimmtes Resultat unbeschadet seiner Anstrengungen, die er zur Erreichung des Resultats unternehmen muss; in diesem Falle handelte es sich um "obligations de résultat". In anderen Fällen verpflichtet sich der Schuldner nur zur Vornahme sorgfältiger Leistungshandlungen, die normalerweise geeignet sind, einen gewünschten Erfolg zu erzielen; dann handelt es sich um "obligations de moyens." Als Folge der Unterscheidung müsse der klagende Gläubiger im zweiten Falle eine "faute", einen Sorgfaltsmangel bei den

---

1) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 9; David-Constant, L'influence de la sécurité sociale sur la responsabilité civile, in Mélanges offerts à René Savatier, 1965, S. 236; für das deutsche Recht: Weitnauer, Karlsruhe Forum 1962, S. 3, wonach das Schadensersatzrecht "Prüfstein der Güte eines Zivilgesetzbuchs ist"; Serick, Revue international de droit comparé, 1955, S. 561; Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 1.

2) Frossard, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, S. 1.

3) Nerson, Vorwort zu Frossard, La distinction, S.V.

4) Die Anwendbarkeit der Unterscheidung im Deliktsrecht ist streitig; siehe unten, S. 64,65

5) Demogue, Traité des obligations, Band 5, Nr. 1237, Band 6, Nr. 599; Frossard, La distinction, S. 1; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 114

Leistungshandlungen, nachweisen, während sich im ersten Falle der beklagte Schuldner, sofern lediglich das Ausbleiben des Resultats feststehe, durch den Nachweis einer die Erfüllung hindernden "force majeure" entlasten müsse[6].

Die klassischen Beispiele für die eine oder andere Verpflichtungsart geben einmal der Beförderungsunternehmer, der verpflichtet ist, den Fahrgast "sain et sauf" ans Fahrtziel zu bringen (obligation de résultat), und andererseits der Arzt, der sich grundsätzlich nicht verpflichtet, den Kranken zu heilen (obligation de moyens)[7].

Die Unterscheidung ist im Prinzip heute juristisches Allgemeingut[8] und nur in insbesondere Tragweite und Unterscheidungsmerkmale betreffenden Einzelheiten bestritten. Ihr grosser Erfolg wird darauf zurückgeführt[9] dass sie ganz offenbar zur Verstärkung der Rechtssicherheit in Ansehung der Lösung zivilrechtlicher Schadensersatzprobleme geeignet sei und den Richtern ein Arbeitsinstrument zur leichteren Entscheidung entsprechender Streitfälle in die Hand gebe.

II.

Die Unterscheidung zwischen den obligations de moyens und den obligations de résultat hat ihre Bedeutung für alle denkbaren Fälle von Vertragsstörungen, aufgrund deren vertragliche Schadensersatzansprüche entstehen können.

---

6) Demogue, Traité des obligations, Band 5, Nr. 1237:"L'obligation qui peut peser sur un débiteur n'est pas toujours de même nature. Ce peut être une obligation de résultat ou une obligation de moyens (S. 538)..Au lieu de promettre un résultat on peut être obligé conventionellement de prendre certains mesures qui normalement sont de nature à amener un résultat (S. 539)...Si la preuve à fournir n'est pas la même dans tous les cas, cela tient à ce que le contenu de l'obligation diffère (S. 543)."

7) Die "Klassik" der beiden Beispiele erklärt sich, wenigstens was die Obhutspflicht des Transportunternehmers anlangt, weniger aus ihrer besonderen Eindringlichkeit, als aus der historischen Entwicklung der Unterscheidung gerade an diesen Beispielen.

8) Vergl. Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 114

9) Frossard, La distinction, S. 2; Nerson, Vorwort zu Frossard, S.VI; siehe auch Mazeaud, Responsabilité, S. 793, 794; vergleiche dagegen für das deutsche Recht Baumbach-Lauterbach, Kommentar zur ZPO, 28. Auflage, Anhang zu § 282, Anm. 1 A, wonach es unrichtig sei, dass die Lehre von der Beweislast das Rückgrat des Zivilprozesses sei, weil vielmehr die meisten Zivilprozesse ohne dieses Rückgrat sehr nachdrücklich lebten; Baumbach-Lauterbach dürften die insbesondere dem Praktiker offenbare Bedeutung der Beweislast verkennen; Überblick über den Stand der Meinungen insoweit bei Wenninger, Die Beweislast...., S. 8,9

Für die Fälle der Nichtleistung (Unmöglichkeit) und der verspäteten Leistung birgt sie geringe Problematik. Es ist im allgemeinen zweifelsfrei, dass Leistungspflichten wie die des Verkäufers zur Übergabe und Übereignung an den Käufer, die des Vermieters zur Übergabe an den Mieter, die des Verwahrers zur Rückgabe an den Hinterleger, die des Transportunternehmers zum Transport als solchem und die des Arztes zum Erscheinen am Krankenbett oder zur Behandlung überhaupt obligations de résultat sind[10].

Die hauptsächliche Bedeutung und Problematik der Unterscheidung liegt bei den Fällen der Leistungsstörung durch "exécution défectueuse"[11], der Schlechterfüllung[12] einer Schuldpflicht.

Der Hauptfall einer exécution défectueuse ist der der mangelhaften Erfüllung einer vertraglichen "obligation de sécurité "[13]; die obligation de sécurité stellt gleichfalls eine Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre dar, ohne im Gesetz ausdrücklich vorgesehen zu sein,vergleichbar (aber im einzelnen nicht völlig identisch) mit den "Schutzpflichten"[14], "sonstigen Verhaltenspflichten"[15]oder den "Sicherungspflichten"[16] des deutschen Vertragsrechtes. Dementsprechend befassen sich die französische Lehre und insbesondere Rechtsprechung vorwiegend im Bereich der obligatio

---

10) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 186; Frossard, La distinction, S. 42,51 für den Arzt; s. aber wegen Ausnahmen u.S. 66

11) zur Theorie der Leistungsstörungen im französischen Recht im einzelnen vergl. unten, S. 26 ff.; der Ausdruck "exécution défectueuse" wird beispielsweise benützt von Frossard, La distinction, S. 94; Cabonnier, Théorie des obligations, S. 27o

12) unter Verwendung des Wortes, ohne damit zum Terminologie- und Meinungsstreit anlässlich der Figur der positiven Vertragsverletzung im deutschen Recht Stellung zu nehmen, insbesondere also ohne Ausklammerung der Fälle von Gläubigerschädigung durch Verletzung einer sonstigen Verhaltenspflicht i.S. Larenz, Schuldrecht, Band 1, S. 277 ff.

13) Goldschmidt, Obligation de sécurité, S. 143, 172

14) Heinrich Stoll, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP Bd. 136, 257 ff., insbesondere 289, 298

15) Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 278 ff.

16) Staudinger (Weber), Kommentar zum BGB, 11. Auflage, Randnr. A 772 zu § 242 BGB. Unzutreffend Gehring, Die ärztliche Aufklärungspflicht im franz. Recht, S. 1o6, Fn. 1, wonach die obligation de sécurité " etwa der Verkehrssicherungspflicht des deutschen Rechts entspricht", und Ficker, Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers und seiner Vormänner bei Sachmängeln in der französischen Rechtsprechung, S. 83

de sécurité[17] mit den Problemen der Unterscheidung zwischen den obligations de résultat und den obligations de moyens[18]. Wie die nachstehende Schilderung der geschichtlichen Entwicklung zeigen wird, war die Anerkennung einer vertraglichen obligation de sécurité durch die Rechtsprechung geradezu der Auslöser für das Herausarbeiten einer obligation de moyens mit für den Schuldner günstigerer Beweislastfolge.

§ 2 Geschichte der Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens.

I.

Das römische Recht ist die gemeinsame Grundlage der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen. Sie alle wurden, teils stärker, teils schwächer, früher oder später vom römischen Recht beeinflusst[1]. Auch Frankreich konnte sich dem Einfluss des römischen Rechts nicht entziehen, wenn auch eine so intensive und nachhaltige Übernahme römischer Rechtslehren und -institutionen, wie das in Deutschland im 14. und 15. Jahrhundert der Fall war, nicht erfolgte[2]. Besonders das Schuldrecht beruht auf den Konzeptionen des römischen Rechts[3].

Infolge der zumindest teilweise gemeinsamen historischen Basis der französischen und der deutschen Schuldrechtsordnung liegt es nahe, in dieser gemeinsamen Basis eine Wurzel für die Unterscheidung zwischen den obligations de moyens und den obligations de résultat zu suchen. Die französische Rechtslehre ist der Meinung, dass das römische Recht und das von ihm beeinflusste ancien droit[4] die Unterscheidung zwischen den obligations de résultat und den obligations de moyens zwar nicht

---

17) und einiger weiterer Nebenpflichten, die nicht immer klar von der obligation de sécurité getrennt werden; vergl. unten S.48 f.

18) H. Mazeaud, Essai de classification, Rev. trim. dr. civ. 1936,1 ff.,46; Martine, L'option, S. 37; vergl. Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 191-221, S. 94; Brunet, Observations critiques sur les notions d'obligation de sécurité, Gaz. Pal. 1952.1.24 ff. unter II.

1) Koschaker, Europa und das römische Recht, 1947, S. 139

2) Koschaker, a.a.O., S. 12o ff.

3) Giffard, Droit romain et ancien droit francais, Obligations, 1958, S.1; Aubry et Rau, Droit civil francais, 7. Auflage durch Esmein und Ponsard, 1964, Bd. 1, S. 78,Nr. 47

4) Vor der Revolution war Frankreich aufgeteilt in Länder mit geschriebe-

ausdrücklich getroffen, aber im Keime angelegt oder flüchtig gesehen hätten[5].

Diese Meinung wird lediglich damit begründet, dass zwar grundsätzlich der römische Schuldner nur die "diligentia", d.h. sorgfältige Leistungshandlungen, schuldete[6], dass er aber in Fällen bestimmter Vertragstypen einen präzisen Erfolg, die "custodia", versprach. Letzterenfalls handelt es sich um Schiffer, Gastwirte und Stallwirte, die gem. Dig. IV, 9,1 und 3 für unversehrte Rückgabe der von ihnen im Betrieb ihres Gewerbes aufgenommenen Gegenstände ausser in Falle höherer Gewalt hafteten.[7] Für das ancien droit wird die Meinung im Prinzip mit den gleichen Vertragstypen, die den bestimmten Leistungsfolg einer unversehrten Sachrückgabe vorsehe begründet.[8],[9]

In Deutschland erfolgte eine Parallelentwicklung ausgehend von Dig. IV, 9,1 u. 3 über die Haftung aus dem receptum nautarum, cauponium, stabularorium des gemeinen Rechts hin zur Gastwirtshaftung gem. §§ 7o1 ff. BGB[1o], ohne dass dieser Sonderfall der Vertragshaftung ohne Verschulden erfordernis Anlass oder Begründung einer weiterreichenden allgemeinen Unterscheidung geworden wäre.

Dieser kurze Überblick zeigt, dass die historische Wurzel der Unterscheidung und ihrer Beweislastfolgen jedenfalls zu schwach ist, um für das auf dem gleichen Rechtsboden gewachsene deutsche Schuldrecht weiter entwickelt werden zu können.

---

nem Recht und solchen mit ungeschriebenem Recht (coutume); das römisc Recht bildete in den Provinzen mit geschriebenem Recht das Hauptelement des droit civil: Aubry et Rau, Droit civil francais, 7. Auflage, durch Esmein und Ponsard 1964, Bd. 1, S. 67, Nr. 4o

5) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 114; Frossard, La distinction, S. u. 2o

6) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 38 unter Berufung auf Gaius; Frossard, La distinction, S. 13

7) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 38; Frossard, La distinction, S. 14, 15

8) Frossard, La distinction, S. 19,2o ; unter Berufung auf die hervorrag den Autoren des ancien droit, Domat, Pothier und Bourjon, fügt Frossard einige weitere Vertragstypen (S.19,2o) im Sinne einer obligation de résultat und eine angebliche grundsätzliche Unterscheidung durch Domat (S. 18) hinzu; gegen letztere Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 49, Fn. 5

9) Die custodia - Haftung der Schiffer, Gastwirte und Stallwirte fand Eingang in den Code civil in artt. 1782, 1784; 1952, 1953, 1954 (Haftung der Transportunternehmer zu Wasser und zu Lande (für Sachen) sowie der Herbergs- und Hotelwirte ausser bei force majeure); Frossar La distinction, S. 23, leitet aus deren Gegensatz zu art. 1137 C.c. ab dass der Gesetzgeber die Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyen durchgeführt hat, ohne es zu wissen;

II.

Bis Demogue im Jahre 1925 die Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens aus der Taufe hob[11], hatte das Schadensersatzrecht des Code civil, so wie es sich dessen Autoren im Jahre 1804 vorgestellt hatten, grundlegende Handlungen und Weiterentwicklungen erfahren[12]. Grundvorstellung bei der Schöpfung des Code civil war gewesen einmal, dass sich Schadensersatzpflichten in der deliktischen Haftung gem. art. 1382 C.c. wegen "faute prouvée" erschöpften, und zum anderen, dass Schäden, bezüglich derer sich irgendein schuldhaftes menschliches Verhalten nicht nachweisen liess, fatalistisch als Zufälle hinzunehmen seien. Diese Grundkonzeption des Schadensersatzrechts des Code civil ist zu verstehen aus der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung des beginnenden 19. Jahrhunderts mit wenig, vorwiegend handwerklich ausgerichteter Industrie, bei der der Arbeiter ungefährliche Werkzeuge benutzte, mit Verkehr zu Fuss oder unter Verwendung von Wind oder Tier, kurz einem Leben, bei dem der Unfall selten war oder sich ohne Schwierigkeiten auf menschliches Verschulden zurückführen liess[13]. Die industrielle und wirtschaftliche Revolution und Evolution ausgangs des 19. Jahrhunderts mit der wegen des technischen Fortschritts immer grösser werdenden Gefahr von Betriebs- und Verkehrsunfällen verwandelten diese Grundlage so sehr, dass eine "classe sociale des auteurs de dommage et une classe sociale des victimes"[14] entstand. Der berechtigten Forderung der "classe sociale des victimes" nach zeitgemässem verstärktem Rechtsschutz versuchten Rechtsprechung, Rechtslehre und (teilweise) Gesetzgeber Rechnung zu tragen[15]. So vollzog sich eine Anpassung des Haftpflichtrechts durch vier Entwicklungen, nämlich anhand der Haftung für durch leblose Sachen angerichtete

---

10) a.A. ist Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 116,117: der Gesetzgeber des C.c. hatte ausschliesslich die obligation de résultat im Auge

vergl. Staudinger, Kommentar z. BGB, 11. Aufl., Randnr. 4-6 der Vorbem. vor § 701; Esser, Schuldrecht, S. 638,934; ebenso § 454 HGB für Bahnfracht; schwächer bei anderen Frachtführern, auch Schiffern, §§ 606,429 HGB

11) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 114: Einige Autoren zum Code civil hatten entsprechende, aber undeutliche Vorstellungen schon vor ihm.

12) Vergl. Martine, L'option, S. 13; Becqué, La protection, S. 11,12,13.

13) Becqué, La protection, S. 11,12

14) Ripert, zitiert bei Becqué, La protection, S. 14

15) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 77 ff;
für das deutsche Haftungsrecht ist eine Parallelentwicklung festzustellen aufgrund der geänderten Lebensverhältnisse im technischen Zeitalter, in dessen Verlauf sich des einzelnen "Schicksalglaube in Lebensangst

Schäden (art. 1384,Abs. 1 C.c.), anhand der Vertragshaftung aufgrund Verletzung einer obligation de sécurité (résultat) zunächst insbesondere bei Körperschäden[15 a)] sowie - gegenläufig - [16)] anhand der Herausbildung der Unterscheidung zwischen den obligations de résultat und den obligation de moyens und schliesslich anhand des Grundsatzes der Subsidiarität der Deliktshaftung gegenüber der Vertragshaftung[16)].

Die rasche Zunahme von Arbeitsunfällen aufgrund defekt gewordener Maschine machte zuerst eine Lösung erforderlich. Typischerweise konnte der verletzte oder getötete Arbeitnehmer in vielen Fällen eine faute des Arbeitgebers hinsichtlich der Explosion der Maschine, des Dampfkessels oder der Lokomotive nicht nachweisen, entweder weil die genaue Ursache nicht erkennbar war, oder weil sie selbst der Arbeitgeber nicht hatte erkennen und vermeiden können. Am besten spiegeln sich dies und die fortschrittliche Entwicklung in der bekannten Entscheidung der Cour de cassation vom 16.6. 1[17)] wieder. Infolge der Explosion der Maschine eines auf der Loire liegenden Schleppdampfers erlitt der Maschinist so schwere Verletzungen, dass er an deren Folgen verstarb. Seine Witwe verklagte die Eigentümer des Dampfers auf Schadensersatz und stützte sich hierbei auf das Untersuchungsergebnis der Überwachungskommission für Dampfschiffe, die den Unfall der fehlerhaften Verlötung einer Röhre zugeschrieben hatte. Das Tribunal de la Seine wies die Klage ab mit der Begründung, dass eine faute der Beklagten nicht erweislich sei; der Fehler des Herstellers bei der Verlötung der Röhre sei nicht erkennbar gewesen, und auch sonst waren den Arbeitgebern keine Unterlassungen, insbesondere hinsichtlich Gebrauchsanweisung, Überwachung und Unterhaltung der Maschine nachzuweisen. Auf die Berufung der Klägerin gab die Cour d'appel Paris der Klage statt und begründete den Anspruch einmal mit vertraglicher Haftung aus dem Dienstvertrage

---

verwandelt" (Erdsiek) hat und währenddessen die "Unfallfolgen immer mehr an die Stelle der Unrechtsfolgen treten" (Esser): Erdsiek, Bedarf unser Haftungsrecht einer Überprüfung und in welchen Punkten? Karlsruher Forum 1960, S. 3

15 a) Savatier, Le dommage et la personne, D 1955, 5 ff.

16) vergl. Becqué, La protection, S. 14 - 24, insbesondere S. 16,2o,22 (Fn. 1), 23; Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4. Aufl. , 1949, S. 2o1; Martine, L'option, S. 13,44; Frossard, La distinction, S. 271

17) D.P. 1897.1.433 = S 1897.1.17; kurioserweise gelangte die Cour de Cassation zu einer extensiven Auslegung des art 1384 I C.c. , weil sie sich scheute, dem Arbeitnehmer den Schutz durch vertragliche Haftung zu geben, den sie 14 Jahre später allen Fahrgästen aus einem entgeltlichen Beförderungsvertrag zugestand.

und zum anderen aus analoger Anwendung des art. 1386 C.c.[18]. Die Cour de cassation bestätigte in dem Urteil vom 16.6.1896 die Verurteilung und stützte sie auf den schon erwähnten art. 1384 Abs. 1 C.c., der die Haftung regelt für Schäden, verursacht durch leblose Sachen, die man in seiner "garde" hat[19]. Die Cour de cassation formulierte:

> "Attendu que l'arrêt attaqué constate souverainement que l'explosion de la machine du remorqueur à vapeur Marie, qui a causé la mort de Teffaine, est due à un vice de construction; qu'aux termes de l'art. 1384 C.civ., cette constatation, qui exclut le cas fortuit et la force majeure, établit, vis-à-vis de la victime de l'accident, la responsabilité du propriétaire du remorqueur sans qu'il puisse s'y soustraire en prouvant soit la faute du constructeur de la machine, soit le caractère occulte du vice incriminé."

Der Vorteil der Begründung mit art. 1384 Abs. I C.c. lag für die Klägerin in der Umkehrung der Beweislast für die faute der Arbeitgeber[20]. Um dieses Ziel, das "déroge au droit commun de la responsabilité"[21], d.h. dem Prinzip der Deliktshaftung gem. artt. 1382, 1383 C.c. für faute prouvée zuwiderlief, zu erreichen, waren zwei Gedankengänge erforderlich: Es musste die unstreitige Absicht der Gesetzgeber des Code civil, in 1384 Abs. 1 C.c. nur eine Ankündigung der nachfolgenden Haftungstatbestände der artt. 1384 Abs. 2,3,4 und 1385 ohne selbständige Bedeutung zu sehen, aufgegeben werden[22]. Ferner musste geklärt werden, dass bei Anwendbarkeit des art. 1384 Abs. 1 (ebenso wie des art. 1385)C.c., obwohl dessen Text - "on est responsable" - das nicht ohne weiteres ergibt[23], abweichend vom allgemeinen Deliktshaftungsprinzip gem. art.

---

18) art. 1386 C.c. behandelt die Haftung des Gebäudeeigentümers bei Schäden infolge Einsturz des Gebäudes und wurde kurze Zeit von den Gerichten zur Lösung der Schadensersatzprobleme bei Arbeitsunfällen herangezogen.

19) art. 1384, Abs. 1 C.c. lautet: "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait...des choses que l'on a sous sa garde."

20) Zu der richtungsweisenden Bedeutung dieser Entscheidung in diesem Sinne Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 109, oben; Esmein, Anm. S. 1897.1.17 zu der Entscheidung Cass. civ. 16.6.1896

21) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 114, Nr. 1151

22) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 13,110

1382 C.c., die "faute" des Schädigers bis zum von ihm zu erbringenden Nachweis von "force majeure" oder "cas fortuit" vermutet sei[24].

Mit der Entscheidung vom 16.6.1896 hatte art. 1384 Abs. 1 C.c. als selbständige Haftungsgrundlage für durch leblose Sachen angerichtete Schäden Eingang in das französische Recht gefunden; sein Anwendungsbereich sollte von diesem Zeitpunkt an - jedoch nur Schritt für Schritt - einen immer grösseren Umfang hinsichtlich aller möglichen leblosen Sachen, vom Automobil über einen Fahrstuhl bis zu den Röntgenstrahlen, annehmen[25] [26].

Die zweite Instanz des von der Cour de cassation am 16.6.1896 entschiedenen Falles hatte, wie gesagt, der Klage stattgegeben, indem sie unter anderem mit einer vertraglichen Haftung der Arbeitgeber begründete. Diese Begründung geht zurück auf den Versuch der Autoren Sainctelette, Sauzet und Labb

---

23) anders als beispielsweise der Text der artt. 1147 u. 1733 C.c. im Bereiche der Vertragshaftung

24) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 3o5-3o7, S. 98,99

25) Kamp, Zur Haftung ohne Verschulden des Kraftfahrzeughalters im franz. Recht, 1961, S. 165-182

26) Das praktische Interesse der Anwendung des art.1384 Abs. 1 C.c. auf Arbeitsunfälle ist infolge der die Arbeitsunfälle regelnden Gesetze vom 9.4.1898, jetzt 3o.1o.1946 (Code de la sécurité sociale, artt. 414-5o9) nahezu erloschen; s. aber S. 43, Fn. 8. Franz. Rechtsprechung und Lehre halten überwiegend daran fest, dass der Code civil in art. 1384 Abs. 1 wie auch sonst keinen (in unserem Sinne) Kausal- bzw. Gefährdungshaftungstatbestand, sondern nur Haftung für vermutete faute enthalte, obwohl die Tatsache, dass seit der Entscheidung der Chambres réunies der Cour de cassation vom 13.2.193o, D. 193o.1.57, welche den Begriff "présomption de responsabilité" anstelle des der "présomption de faute" einführte, der gegenteilige Schluss auf der Hand lag: Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2 Nr. 131o (S. 326, 328), Nr. 1311 (S. 329), Nr. 1316 (S. 332); Tunc in Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, Nr. 1311, 1328 nimmt einschränkend Haftung ohne faute an, soweit es sich um "vices" der Sache als Schadensursache handelt. Im Ergebnis handelt es sich um eine Gefährdungshaftung für alle beherrschten Sachen, deren Uferlosigkeit dadurch einzuschränken versucht wird, dass eine qualifizierte Ursächlichkeit der Sache für den Schaden, eine "cause génératrice", verlangt wird; wegen der Meinung der deutschen Rechtsvergleichung hierzu: Stoll Handeln auf eigene Gefahr, S. 1o7, 1o8; Keller, Mitverschulden als Generalklausel und als Spezialkorrektur von Einzelhaftungsnormen im deutsch schweizerischen und französischen Recht, 1965, S. 88,89,1oo; Schanz, Die Gefährdungshaftung im franz. Recht, 1957, S. 61 ff.
Auch ausserhalb des Code civil kennt das französische Recht keine spezialgesetzlichen Gefährdungshaftungstatbestände ausser dem Code de l'air vom 31.5.1924 in der Fassung vom 3o.11.1955 und dem Gesetz über die Haftung von Unfällen beim Betrieb von Drahtseilbahnen vom 8.7.1941 - zu beiden Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 386, Nr. 1393-9

den Opfern aus Betriebs- und Verkehrsunfällen zu den von der Billigkeit verlangten Schadensersatzansprüchen zu verhelfen und ihnen den Nachweis der faute der Arbeitgeber bzw. Transportunternehmer zu ersparen;[27] Voraussetzungen waren zwei Gedankengänge: Es musste eine Lösung von der überkommenen Vorstellung, dass derlei Schäden an Rechtsgütern der Mitmenschen in jedem Falle durch den "droit commun" der Deliktshaftung zu erfassen seien, erfolgen[28]. Zugleich musste unter Überwindung gleichfalls überkommener streng positivistischer Auffassung, dass lediglich die im Gesetz ausdrücklich erwähnten Pflichten den Vertragsparteien oblägen, angenommen werden, dass Arbeitgeber und Transportunternehmer vertraglich die körperliche Unversehrtheit des Arbeitnehmers oder Fahrgastes garantierten;[29] denn dann war es unschwer möglich, art. 1147 C.c.[30] anzuwenden, wonach bei (feststehender) "inexécution" - hier bei "tout dommage survenu au cours de l'exécution"[31] - sich Arbeitgeber bzw. Transportunternehmer durch den Nachweis von "force majeure" oder "cas fortuit" zu entlasten haben.[32]

Der Lösungsversuch mit der Vertragshaftung schien zunächst zum Scheitern verurteilt zu sein, als die Cour de cassation mit einer Entscheidung vom 2.12.1884[33] die Möglichkeit der Vertragshaftung im Falle des Arbeitsunfalles ablehnte.

---

27) Sainctelette, De la responsabilité et de la garantie, 1884, passim; Sauzet, De la responsabilité des patrons vis-à-vis desouvriers dans les accidents industriels, Revue critique legis. et iuris. 1883, S. 598 ff. und 608 ff.; Labbé, Anm. S. 1871.1.9; 1885.4.25; 1886.2.97; 1889.4.1; 1890.4.14;

28) Sainctelette, De la responsabilité et de la garantie, S. 5

29) Sainctelette, De la responsabilité et de la garantie, S. 91: "La fâcheuse école du texte" ; s.a. Civ. 10.11.1884, D. 1885.1.433 (zur Haftung des Transportunternehmers für Personenschäden; Vertragshaftung sei nach Wortlaut des art. 1784 C.c. auf Sachen beschränkt).

30) art. 1147 C.c. lautet: "Le débiteur estcondamné, s'il y a lieu, au payement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part."

31) Becqué, La protection, S. 15

32) Martine 37; einschränkend gegenüber der Konsequenz aus art. 1147 C.c. Labbé, Anm. S. 1885.4.25 ff. 29

33) Req. D. 1885.1.223; Becqué, La protection, S. 16; ebenso Civ. 10.11. 1884 oben, Fn. 29, für Transportvertrag; s. ferner u. S. 87

Die berühmte Entscheidung der Cour de cassation vom 21.11.1911[34] griff jedoch den Gedanken der Vertragshaftung wieder auf und erklärte, dass auf dem Transportunternehmer eine obligation de sécurité gegenüber dem Fahrgast laste; die Cour de cassation formulierte:

> "....que l'exécution du contrat de transport comporte...pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination".

Kurioserweise hatte sich der beklagte Transportunternehmer auf Vertragshaftung berufen, um die örtliche Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts, die von den Beförderungsbedingungen für alle Streitigkeiten über die Vertragserfüllung vorgesehen war, zu erreichen. In den nachfolgenden Entscheidungen zum Transportvertrag[34 a)] ging es der Cour de cassation freilich um die Beweislast hinsichtlich der faute des Beförderers.

Die Begründung aus der Vertragshaftung erklärt sich im Verhältnis zu einer denkbaren Begründung aus art. 1384 Abs. 1 C.c. damit, dass zu dieser Zeit noch nicht anerkannt war, dass Transportmittel und deren Zubehör unter die "choses" des art. 1384 Abs. 1 C.c. fallen. Mit diesen Entscheidungen war der Annahme einer obligation de sécurité bei allen möglichen Vertragsarten Tür und Tor geöffnet; sie erst führten zu einer gewaltigen Ausdehnung der Vertragshaftung neben den im Gesetz ausdrücklich geregelten Vertragshaftungsfällen, insbesondere für Sachmängel[35].

Die Fortentwicklung der Vertragshaftung auf der Grundlage der obligation de sécurité vollzog sich jedoch nur Schritt für Schritt. Dabei traten zwei gegenläufige Entwicklungen auf, die die Vertragshaftung als solche nicht beeinträchtigten, die aber sowohl ihr als auch der Haftung aus art. 1384 Abs. 1 C.c. teilweise die zunächst beabsichtigte Schärfe nahmen.

Bis etwa 1930 konsolidierte sich in Rechtsprechung und Rechtslehre der Meinungsstreit zur Frage, ob die geschädigten Vertragspartner Schadensersatzansprüche zugleich mit Vertrags- und Deliktshaftung begründen könnten, dahingehend, dass bei Pflichtverletzung innerhalb eines Vertragsverhältnisses eine Berufung auf das Deliktsrecht nicht möglich sei[36].

---

34) S.1912.1.73 = D 1913,249 ff.m. Anm. Sarrut
Der Ausdruck "obligation de sécurité" wird noch nicht ausdrücklich benützt; die Anmerkung Sarrut a.a.O. sagt dazu: "si l'obligation contractuelle de transporter le voyageur sain et sauf à destination n'est pas exécutée il y a lieu d'appliquer..art. 1147 C.c."

34 a) z. Bsp. Cass. civ. 21.4.1913, D 1913, 249 ff.

35) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 93,94

36) Becqué, La protection, S. 17-20; Martine, L'option, S. 58-67

Das bewirkte in der Folgezeit,.dass es den bei der Abwicklung eines Schuldverhältnisses durch leblose Sachen oder Tiere des Schuldners geschädigten Gläubigern verwehrt war, sich auf die hinsichtlich der Beweislast günstigen Bestimmungen der artt. 1384, Abs. 1, 1385 C.c. zu stützen, was sich dann erheblich nachteilhaft für den Geschädigten auswirkte, wenn die verletzte Vertragspflicht nur eine obligation de moyens, von deren allmählicher Anerkennung gleich zu reden sein wird, war[37].

Im Jahre 1936 fand dann die von Demogue vorgeschlagene Unterscheidung zwischen den obligations de résultat und den obligations de moyens durch eine Entscheidung der Cour de cassation[38] vom 2o.5.1936 Eingang in die Rechtsprechung und ist seit dem allgemein anerkannt. Die Entscheidung erging zum Arzthaftungsrecht; bis zu diesem Zeitpunkt wurde, obwohl Klarheit über das Vertragsband zwischen Arzt und Patient bestand, die Haftung des Arztes ausschliesslich nach Deliktsrecht beurteilt. Der Grund hierfür lag darin,[39] dass die Rechtsprechung bis zum Jahre 1936 der Meinung war, dass jede vertragliche Verpflichtung einen bestimmten Leistungserfolg zum Gegenstand haben müsse mit der Folge der Anwendung des art. 1147 C.c. und der Entlastungslast des Arztes für fehlende faute bei Ausbleiben des Heilungserfolges oder Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Patienten. Da Klarheit darüber bestánd, dass die Heilpflicht des Arztes dieser erfolgsbestimmten Natur nicht sein könne, da aber andererseits vertragliche Haftung[4o] bejaht werden sollte, entschied die Cour in der genannten Entscheidung:

---

37) Vielfach wird von Rechtsprechung und Schrifttum Vertragshaftung aus Verletzung einer obligation de (sécurité) moyens bewusst gerade deswegen bejaht, um der Schärfe des art. 1384 Abs. 1 C.c. entgehen zu können; vergl. beispielsweise Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 249; Bd. 2, S. 389; Cass. civ. 1./16.11.1965, D. 1966.61 (Arzthaftung); Cass. civ. 1./3o.1o.1962, ICP 1962.II.12924 m. Anm. Savatier = D.1963.58 m. Anm. Esmein (Arzthaftung); Cass. civ. 1./9.1.1957, D.1958,245, 1. Fall (Jahrmarktsvergnügen); Cass. civ. 16.1.1951, ICP 1951.II.6163 m. Anm. Rodière (Deschälen einer Stute); Cass. civ. 6.5.1946, ICP 1946.II.3236 m. Anm. Rodière (Gastwirtschaft); s. aber auch u. S.56,Fn.8o,u.S.52,Fn.4

38) D. 1936.1.88, Rapport Josserand, Conclusions Matter; S. 1937.1.321 Anm. Breton

39) Becqué, La protection, S. 58; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 106

4o) Die Klägerin hatte sich auf Vertragshaftung berufen, um der hinsichtlich der Deliktshaftung nach 3 Jahren bereits eingetretenen Verjährung zu entgehen; gem. art. 2262 C.c. verjähren vertragliche Ansprüche grundsätzlich erst in 3o Jahren; s. u., S.22

"Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le practicien l'engagement, sinon évidemment de guérir le malade du moins de lui donner les soins non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et...conformes aux données acquises de la science. La violation, même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature également contractuelle."

Obwohl die Entscheidung ausdrücklich weder von der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens noch von einer obligation de sécurité des Arztes sprach, waren damit[41] genere diese Unterscheidung und speziell die obligation de sécurité moyens, bei der der Geschädigte ein unsorgsames Verhalten des Schuldners und damit[42] dessen faute nachweisen muss, anerkannt.

---

41) Tunc, La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, ICP 1945.I.449 nr. 1
Capitant, Les grands arrêts, 4. Auflage 1964, Observations S. 261; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, 185, 211; Rapport Josserand D. 1936.1.91 und Conclusions Matter, D. 1936.1.95 weisen zur Vorbereitung der Entscheidung der Cour de cassations ausdrücklich auf die von Demogue vorgeschlagene Unterscheidung hin - Matter: "Demogue q est l'inventeur d'une formule très heureuse: le médecin contracte une obligation de moyens non de résultat."

42) vergl. Becqué, La protection, S. 60

2. K a p i t e l

Die rechtssystematischen Grundlagen der Unterscheidung

Die Ausführungen im 1. Kapitel lassen erkennen, dass die Unterscheidung zwischen den obligations de résultat und den obligations de moyens ihre Anwendung im Wirkungsbereich mehrerer Systemgedanken[1] innerhalb des Rechtsgebiets des zivilen Schadensersatzrechtes findet. Diese Systemgedanken betreffen das Nebeneinander und dessen Regelung von deliktischen und vertraglichen Schadensersatzansprüchen, die Regelung der verschiedenen Erscheinungsformen der Vertragsverletzung, die Feststellung bestimmter Vertragspflichten, auch wenn sie von den Parteien oder ergänzendem Recht nicht ausdrücklich genannt und erwogen wurden, sowie den Grundsatz der Haftung nur für faute.

Auf den ersten Blick unverkennbar hat das Problem der Beweislast für das Verschulden bei positiven Vertragsverletzungen im deutschen Recht seinen Sitz in ähnlichen Bereichen.

Um, entsprechend der Aufgabe der Arbeit, im Hinblick auf das genannte Beweislastproblem im deutschen Recht zu ermitteln, welche Ergebnisse und Lösungswege das französische Recht aufgrund der Unterscheidung zwischen den obligations de résultat und den obligations de moyens hierzu aufzeigt, bedarf es aber zunächst einer vertieften Erfassung der erwähnten systematischen Grundlagen im französischen Recht, um mit Genauigkeit zu klären, ob sich die einschlägigen Systemgedanken in den beiden zu vergleichenden Rechtsordnungen entsprechen. Denn nur soweit das aufgrund dieser sozusagen vorbereitenden Rechtsvergleichung[2] zu bejahen ist oder soweit bestehende Unterschiede unschädlich sind, kann der Gehalt der Unterscheidung zwischen den obligations de résultat und den obligations de moyens den "Vorrat an Lösungen[3]" für das Beweislastproblem im deutschen Recht bereichern und

---

1) Zum Wesen des teleologischen Systemgedankens vergl. Sandrock, Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, 1966, S. 44; Engisch, Studium Generale, Bd. 1o, 1967, S. 173 ff., 177-179

2) Zur Rechtsvergleichung hinsichtlich grundlegender Systemgedanken Sandrock a.a.O., S. 51-57

3) Zitelmann, zitiert bei Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung 1925, S. 8

sich im Wege funktionaler Rechtsvergleichung[4] als Argumentation bei der Lösung dieses Problems verwerten lassen.

§ 1 Das Verhältnis zwischen vertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen.

I. Antithese zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung.

Die heute herrschende Meinung unterscheidet zwischen Vertragshaftung und Deliktshaftung als zwei verschiedenen Institutionen, die jedoch keinen fundamentalen Unterschied, sondern nur hinsichtlich einzelner Auswirkungen Differenzierungen aufweisen[1]. Die Rechtsprechung anerkennt den Dualismus stillschweigend, indem sie formuliert:

"Les artt. 1382 et suivants sont sans application lorsque s'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat"[2].

Aufgegeben ist die kurzfristig von einem Teil der Lehre vertretene Meinung, die vertragliche Leistungsstörung sei, ausschliesslich, durch deliktischen Schadensersatzanspruch sanktioniert. Die Auffassung von der Einheit von Vertrags- und Deliktshaftung widerspricht auch dem Aufbau des Code civil, der im 3. Buch unter verschiedenen Titeln die Verträge einschliesslich der Verletzungsfolgen und die Verbindlichkeiten, die, wie Delikt, ohne Vertrag

---

4) i.S. Sandrock a.a.O., S. 66 ff., 72, mit den sich daraus ergebenden Einschränkungen gegenüber Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, 342 ff.

1) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 1o3-1o9; Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 6. Auflage, S. 3, 273; Ferid, Das Verhältnis des Anspruchs aus unerlaubter Handlung zum Anspruch aus Vertragsverletzung im französischen und im englischen Recht, 1932, S. 3,4; Martine, L'option S. 19: "Le problème de l'option est la conséquence du système dualiste de la responsabilité civile"; Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, Rev. trim. dr. civ. 1963, 627 ff., 692

2) Civ. 11.1.1922, D. P. 1922.1.16; Lalou a.a.O., S. 273.

3) Grandmoulin, Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles, 1892, S. 2: "Selon nous la responsabilité est toujours délictuelle, la violation du droit de créance est un délit civil, art. 1382 C.c." Lefebvre, De la responsabilité délictuelle et contractuelle, Rev. crit. legis. et juris, 1886, 485 ff., 495; vergl. Ferid, a.a.O., S. 21

entstehen, behandelt.
Aufgegeben ist andererseits auch die Ansicht, nach der sich Vertrags- und Deliktshaftung grundlegend dadurch unterscheiden, daß die erstere nur die Auswirkungen einer (bereits bestehenden vertraglichen) Verbindlichkeit, die letztere dagegen den Entstehungsgrund einer ausservertraglichen Verbindlichkeit betreffe[4]. Die Tendenz geht zu einer möglichst weitgehenden Angleichung der Geltungsgründe und Auswirkungen beider Schadensordnungen[5]. Die bestehenden Unterschiede der beiden Schadensordnungen werden als lediglich historisch erklärbare bezeichnet[6], die die Gerichte, ausgehend von dem Prinzip des "non cumul" der beiden Anspruchsgrundlagen[6 a], unnötigerweise in Grenzfällen zwängen, vielfach nicht rational begründbare Zuordnungen zur Vertrags- oder Deliktshaftung vorzunehmen[7].

Die unzweifelhaft bestehenden Unterschiede beider Schadensordnungen sind im wesentlichen folgende[8]:

---

4) Vergl. bei Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 1o3-1o7, und Juris Classeur, Resp. civ. I a, artt. 1382-3, fass. I, div. A 1 - I, nr. 16

5) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 132; Planiol-Ripert, Traité pratique de droit civil francais, Bd. 6, Obligations, 193o, S. 522, 523; Tunc, Rechtsprechungsberichte in Rev. trim. 1961, 1o2, 1o3, 1o5; 1963, S. 93, 331 (hier sehr weitgehend); Juris Classeur a.a.O., Fn. 4
Zu dieser Tendenz im deutschen Recht vergl. Michaelis, Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechtes, 1943, S. 8, 3o.

6) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 1o9

6 a) s.u. S. 24 f., II.

7) Tunc, Rev. trim. dr. civ. 1963, S. 1o5

8) Der Zweck der Arbeit erfordert eine Vertiefung nicht; andererseits sind viele Entwicklungen und Entscheidungen nur auf dem Hintergrund dieser Unterschiede erklärlich;
für das deutsche Recht Dietz: Das Problem der Konkurrenz von Schadensersatzansprüchen bei Vertragsverletzung und Delikt, VI. Internationaler Kongreß für Rechtsvergleichung 1962, Deutsche Landesreferate, S. 181 ff., insbesondere S. 192 f.; Esser, Schuldrecht, S. 834;

für das franz. Recht zusammenfassend Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 1o9, Fn. 5; Martine, L'option, S. 14 ff. und passim; Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, Rev. trim. dr. civ. 1936, 627 ff., 692; Cornu, Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, VI. Internationaler Kongreß für Rechtsvergleichung, 1962, Etudes de droit contemporain, 1962, S. 239 f., 239

1. Gerichtsstand

Bei deliktischer Haftung Gerichtsstand der unerlaubten Handlung bzw. des Wohnsitzes des Beklagten (artt. 2,59 C. procéd. civ.)[9]; bei vertraglicher Haftung Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten (art. 59 C.procéd.civ.) ausser bei[10] Gerichtsstandvereinbarung[11], Handelssache mit Gerichtsstand des Erfüllungsortes bzw. des Ortes des Vertragsschlusses (art. 42o C.procéd.civ.) oder Streitigkeiten aus bestimmten Vertragsarten mit Gerichtsstand des Erfüllungsorts oder des Orts des Vertragsschlusses (artt. 2,59 C.procéd. civ.)[12].

2. Verantwortlichkeit

Für deliktische Haftung ist Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich (artt. 1123/4, 388, 5o9, 131o C.c.); vielmehr genügt die Fähigkeit zum "discernement suffisant"[13]. Vertragliche Haftung setzt Geschäftsfähigkeit insofern voraus, als der Geschäftsunfähige wie der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte sich auf seine "incapacité" berufen und den Vertrag gerichtlich annullieren lassen kann (art. 13o5 C.c.)[14].

---

9) Martine, L'option, S. 18; Goldschmidt, Obligation de sécurité, S. 158

10) Zu den Ausnahmen Goldschmidt, Obligation de sécurité, S. 159

11) vergl. die o. S. 14, Fn. 34 erwähnte Grundsatzentscheidung zur obligation de sécurité beim Transportvertrag, Civ. 21.11.1911

12) zum Beispiel bei Miet- und Werkverträgen; vergl. Civ. 13.7.1937 Gaz. Trib. v. 28.1o.37: betreffend Rechtsnatur des Arztvertrages anlässlich Honorarklage

13) Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 6. Auflage, S. 4o8; demgemäss können Kleinstkinder und Geisteskranke auch nicht deliktisch haften: Mazeaud, Lecons, 2. Auflage, Bd. 2, S. 568; letzteres gilt selbst für die Haftung aus art. 1384 Abs. 1 C.c.: Civ. 28.4.1947, ICP 1947.II.3601, aber Civ. 2./18.12.1964, ICP 1965.II.14304 mit Anm. de la Batie

14) Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 6. Auflage, S. 4o8; Mazeaud, Lecons, 2. Auflage, Bd. 2, S. 568; a.A. Mazeaud, Responsabilité Bd. 1, S. 166, und Malinvaud, La responsabilité des incapables à l'occasion d'un contrat, 1965, S. 139: Vertragshaftung beispielsweise mit der Konsequenz längerer Verjährungsfrist auch nach Annullierung des Vertrages.

3. Schädigung durch mehrere

Haften mehrere aufgrund Deliktsrechts, dann haften sie jedenfalls in solidum, d.h. jeder auf das Ganze, obwohl der Code civil hierzu schweigt[15]. Zwischen den Schädigern entsteht jedoch kein echtes Gesamtschuldverhältnis ("lien de solidarité")[16]. Haften mehrere Vertragsschuldner, dann hat im Prinzip jeder für einen Teil der Leistung und, entsprechend, für einen Teil des Schadens einzustehen (art. 1202 C.c.);[17] Gegenteiliges kann jedoch vereinbart werden und wird für Verträge des Handelsrechts vermutet;[18] haften mehrere Vertragsschuldner infolge gegenteiliger Vereinbarung jeder auf das Ganze, dann liegt echte Gesamtschuld (artt. 1203 - 1216 C.c.) vor[19].

4. Umfang des zu ersetzenden Schadens

Gemäss art. 1150 C.c. ist bei Vertragshaftung, soweit nicht vorsätzliche Schädigung vorliegt, nur der bei Vertragsschluss voraussehbare Schaden zu ersetzen, während diese Einschränkung für das Deliktsrecht nicht gilt[20]. Da diese Einschränkung dazu führen kann, dass sie den Geschädigten, der sich auf Vertragshaftung berufen muss, benachteiligt, hat sie mitunter die Gerichte veranlasst, entgegen dem herrschenden Prinzip[21], Konkurrenz von Vertrags- und Deliktsanspruch bei Schädigung innerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses zu bejahen[22]. Die Einschränkung wird

---

15) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 910 ff.

16) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 904, 935 ff.; zumindest ungenau Gehring, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 107, und Ferid, Das Verhältnis..., S. 6

17) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 906

18) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 906 u. 907
Haftet ein Schädiger aus Delikt, der andere aus Vertrag, dann haftet jeder, wenn auch nicht solidarisch, auf das Ganze: Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 29 - Beispiel Paris, 18.2.1957, ICP 1957.II.9944 (Haftung von Friseur und Lieferant eines Mittels für Kaltdauerwellen)

19) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 934, 935, Fn. 4, 907

20) Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, S. 39; gem. art. 1151 C.c., der nach seinem Wortlaut gleichfalls nur für das Vertragsrecht gilt, ist nur der Schaden zu ersetzen, der eine "suite immédiate et directe" des schädigenden Ereignisses darstellt; diese Beschränkung wird auf das Deliktsrecht ausgedehnt; Lalou a.a.O. S. 43; Carbonnier, Theorie des obligations, S. 350

21) siehe unten, S. 22 ff., II.

jedoch heute, da sie als systematisch verfehlt angesehen wird[23], von der Rechtsprechung so grosszügig gehandhabt[24], dass praktisch die unterschiedlichen Auswirkungen im Verhältnis zur Deliktshaftung minimal sind.

5. Verjährung

Gemäss art. 2262 C.c. verjähren vertragliche Ersatzansprüche ebenso wie deliktische Ersatzansprüche grundsätzlich in 3o Jahren[25]. Jedoch verjähren deliktische Schädigungen, die zugleich strafrechtlich im Sinne einer Übertretung, eines Vergehens oder eines Verbrechens relevant sind - man denke beispielsweise an fahrlässige Körperverletzungen aller Art -, gemäss artt. 2,7 - 1o C. procéd. pén. in einem bzw. drei bzw. 1o Jahren; [26] das gilt nicht, wenn der Schadensersatzanspruch auf Vertragsverletzung gestützt ist, auch wenn in ihr ein strafrechtlicher Tatbestand liegt[27]. Umgekehrt kann einmal die Verjährungsfrist für den vertraglichen Schadensersatzanspruch kürzer sein, als das bei dem tatbestandlich an sich konkurrierenden Delikt (ohne dass zugleich ein Straftatsbestand gegeben ist) der Fall wäre; so verjähren Schadensersatzansprüche gegen Architekt und Bauunternehmer gemäss art. 1792, 2277o C.c. in 1o Jahren. [28]

---

22) Req. 1o.12.1926, D.P. 1927.1.1o5 (Nervenkranker entflieht der Heilanstalt und erfriert die Füsse); dazu Lalou a.a.O., S. 359

23) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 3, S. 523

24) vergl. Cass. comm., 4.3.1965, ICP .II.14219 m. Anm. Rodière, wonach sich die Voraussehbarkeit gem. art. 1115o C.c. nur auf die "éléments constitutifs" des Schadens und nicht auf das"équivalent monétaire destiné à reparer", zu beziehen braucht.

25) Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, S. 4o3.

26) Lalou, a.a.O.

27) Lalou, a.a.O., S. 15; vergl. die o.S. 15, Fn. 38 erwähnte Entscheidung v. 2o.5.1936, mit der die Cour de cassation erstmalig Vertragshaftung im Frachtrecht sowie die obligation de moyens anerkannt hat, um der deliktischen Verjährungsfrist von 3 Jahren zu entgehen; Rodière, L'option, S. 17

28) Weitere Beispielsfälle bei Lalou a.a.O., S. 4o4-4o6; infolge des Grundsatzes des "non cumul" zwischen vertraglichem und deliktischem Schadensersatzanspruch kann der Geschädigte nach Verjährung des Vertragsanspruchs nicht auf einen Deliktsanspruch zurückgreifen: Civ. 1./24.11.1954, ICP 1955.II.8625 mit Anm. Rodière

6. Vertragliche Haftungsbeschränkungen- u. ausschlüsse.

Sie werden auf dem Gebiet des vertraglichen Schadensersatzrechtes grundsätzlich anerkannt[29]; die früher von Rechtsprechung und Rechtslehre vertretene Meinung[30], die "clauses de non responsabilité" würden nur die Beweislast im Bereiche der obligations de résultat entgegen der Regel dahingehend verschieben, dass die faute des Schuldners vom Geschädigten nachzuweisen sei, ist aufgegeben[31]. Auch innerhalb der vertraglichen Schadensordnung sind Vereinbarungen über Haftungsausschlüsse nicht möglich, soweit es sich um Körperschäden[32] oder faute lourde[33] handelt.

Bezüglich deliktischer Schadensersatzansprüche sollen nach herrschender Meinung Vereinbarungen über Haftungsausschlüsse oder Haftungsbeschränkungen als gegen den ordre public verstossend (art. 6 C.c.) unwirksam sein[34] ; lediglich eine Minderheitsmeinung lässt auch gegenüber Deliktsrecht - jedoch auch hier nicht in Hinblick auf Körperverletzungen, Vorsatz und faute lourde - haftungsbeschränkende = oder ausschliessende Vereinbarungen zu. 35)

---

29) Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, S. 363 mit Literaturübersicht; S. 366 zu spezialgesetzlichen Ausnahmen

30) Überblick bei Lalou a.a.O., S. 391, 392

31) Lalou, a.a.O., S. 392; anders noch Esmein, De l'influence de l'acceptation des risques par la victime eventuelle d'un accident, Rev. trim. dr. civ. 1938, 388 ff., 392 und wohl in Mélanges, offerts à René Savatier 271 ff., 276; ferner Esmein Anm. ICP 1963.II.13307

32) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 3, S. 678, 737; Sainctelette, De la responsabilité et de la garantie, S. 25; Savatier, Le dommage et la personne, D 1955, chr. S. 5 ff., S. 5,7; Paris 8.3.54, ICP 1954. II.8094 (Peitclub); unklar Civ. 2.8.1950, ICP 1951.581 mit Anm. Mimin (Raubtierdompteuse wird bei Vorführung verletzt)

33) Lalou, a.a.O., S. 366; Tunc, Rev. trim. dr. civ., Rechtsprechungsübersicht, 1964, S. 115; Civ. 1./21.12.1964, ICP.II.14005 (Vertrag über Unternehmensorganisation); dasselbe gilt bei vorsätzlicher Schädigung - Lalou a.a.O.;
im deutschen Recht ist diese Einschränkung nicht grundsätzlich, aber u.U. im Falle allgemeiner Geschäftsbedingungen anerkannt: BGH, NJW 1963,99

34) Lalou a.a.O., S. 360, 362 (mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechun Sainctelette, De la garantie et de la responsabilité, S. 83;

35) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 3, S. 731 ff., 734; Esmein Rev. trim. dr. civ., 1938, 388 ff., 392

II. Lösung des Problems der Konkurrenz zwischen vertraglichem und deliktischem Schadensersatzanspruch

Im Falle jeder zweigeteilten Schadensordnung stellt sich die Frage, ob dann, wenn durch eine Handlung oder Unterlassung tatbestandlich sowohl eine Vertragspflicht verletzt als auch eine unerlaubte Handlung begangen wird, der Geschädigte seinen Ersatzanspruch sowohl auf Vertragsverletzung als auch auf Deliktsrecht stützen kann[36]. Diese Frage stellt sich, rein quantitativ gesehen, besonders häufig in einer Rechtsordnung, die, wie die französische (art. 1382, 1383 C.c.), eine deliktische Generalklausel kennt.[37]

Im Gegensatz zum deutschen Recht gilt in Frankreich der ernstlich nicht mehr angegriffene Grundsatz, dass "option" oder "cumul" zwischen deliktischem und vertraglichem Schadensersatzanspruch nicht möglich sind, sondern dass die tatbestandlich gegebenen Deliktsansprüche von den zugleich vorliegenden vertraglichen Schadensersatzansprüchen absolut verdrängt werden[38]. Von diesem Grundsatz wurden früher im Sinne eines "cumul" einhellig Ausnahmen gemacht für den Fall, dass der Deliktstatbestand zugleich einen Straftatbestand darstellte oder auf Vorsatz bzw. faute lourde beruht; auch diese Ausnahmen sind von der heute herrschenden Meinung aufgegeben.[39]

---

36) Für das deutsche Recht bekanntlich im Sinne des Sowohl- als auch gelöst, wobei Meinungsverschiedenheiten allein darüber bestehen, ob Anspruchskonkurrenz oder Begründungskonkurrenz vorliegt; vergl. Dietz, Das Problem der Konkurrenz von Schadensersatzansprüchen bei Vertragsverletzung und Delikt, Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, 1962, S. 182 ff., S. 190 (Überblick); Esser, Schuldrecht, S. 833, 834

37) Dietz, a.a.O., S. 184

38) Civ. 4.4.1927, D.P. 1927.1.111: "les articles 1382 et suivants sont sans application, lorsque s'il s'agit d'une obligation, resultant d'un contrat"; Civ. 1./16.11.1965, D. 1966,61 (Arzthaftung):"..... sanctionnée par une responsabilité de nature contractuelle exclusive de la responsabilité édictée par l'art. 1384 I C.c." Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 245, 247, 249; Martine, L'option, S. 52 ff.; Cornu, Le problème du cumul, S. 241 ff.

39) vergl. Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 254 (Straftat); S. 256 (Vorsatz); S. 257 (faute lourde); Civ. 1./4.4.1962 Gaz. Pal. 1962.2.31 (faute lourde)

Der Grundsatz des non cumul hat keine historischen Wurzeln; das römische Recht sah die Möglichkeit einer Konkurrenz zwischen Ansprüchen ex contractu und ex lege Aquiliae[40]. Das Verbot der option wird vielmehr mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit begründet, was nur auf dem Hintergrund der Tatsache, dass Vereinbarungen über Haftungsausschlüsse oder Haftungsbeschränkungen gegenüber deliktischen Ansprüchen nicht möglich sind, zu verstehen ist. Denn nur wenn bei diesem Ausgangspunkt die vertragliche Schadensordnung die deliktische verdrängt, kann sich der Schädiger auf einen vertraglichen Haftungsausschluss, soweit dieser zulässig ist, mit Erfolg berufen[41]. Wie erinnerlich[42], beruht das Verbot von Vereinbarungen über Haftungsausschluss oder Haftungsbeschränkung auf der Auffassung, die Vorschriften über das Deliktsrecht seien "d'odre public". Letztere Auffassung wiederum dürfte auf der von Sainctelette[43] beobachteten Erscheinung beruhen, dass nämlich die lateinischen Staats- und Gesellschaftsordnungen im Gegensatz zu den germanischen[44] ursprünglich den gesetzlichen Regelungen grösseres Gewicht beimassen als dem Vertragsschluss, dass aber in beiden Fällen die Entwicklung zu einer gleichmässigen Verteilung der Bedeutsamkeit von Vertrag und Gesetz strebte. Um den Gedanken von der zwingenden Natur der gesetzlichen Regelung in Gestalt der Deliktsrechtsvorschriften nicht aufgeben zu müssen, um aber andererseits das erforderliche Gleichgewicht zwischen "volonté publique et volonté individuelle" zu schaffen und der Vertragsfreiheit grösseren Raum zu geben, blieb der rechtstechnische Weg, die Deliktshaftung überhaupt und ohne Rückgriffsmöglichkeit durch die Vertragshaftung zu verdrängen, so dass im Ergebnis Vereinbarungen über Haftungsausschluss oder Haftungsbeschränkung ihren Wert behielten[45].

---

40) Thaller, Annales de droit commercial, 1886/87, S. 191; a.A. wohl Giffard, Droit romain et ancien droit francais, Obligations, 1958, S. 233, 257; im Sinne der Konkurrenz aus dem deutschen Schrifttum: Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 1896, Bd. 3, § 681, Anm. 3; Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht, 1843, S. 569

41) Martine, L'option, S. 53-57; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 247-249; Mazeaud, a.a.O., S. 249, die Haftungsfreizeichnung grundsätzlich auch gegenüber Delikt zulassen - siehe oben, S. 23 -, begründen das Verbot des cumul mit der Absicht des Gesetzgebers

42) s.o., S. 23

43) De la responsabilité et de la garantie, S. 5

44) Soweit für das gemeine deutsche Recht die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses gegenüber Deliktsansprüchen verneint wurde, wurde das jedenfalls nicht mit dem zwingenden Charakter der Deliktsvorschriften, sondern damit begründet, dass sich die Vereinbarungen zur Haftungsbeschränkung von vornherein nur auf die speziellen Vertragspflichten und nicht

./.

Da also das französische Recht das Problem des Verhältnisses von vertraglicher und deliktischer Schadensordnung anders löst als das deutsche Recht, kann das einer Rechtsvergleichung nicht hinderlich sein, da jedenfalls auch das französische Recht die Zweiteilung der Schadensordnungen zum Ausgangspunkt hat; vielmehr führt der Grundsatz des non cumul geradezu dazu[46], dass die Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens und ihre Beweislastfolgen ihren Sitz in einem sozusagen reinen vertraglichen Schadensersatzrecht haben, auf das sich die Gerichte bei der Entscheidung der einzelnen Fälle, sofern sie nicht vertragliche Haftung im konkreten Fall überhaupt verneinen, festlegen müssen; unklare Lösungen hinsichtlich der Frage der Beweislastverteilung im vertraglichen Schadensersatzrecht, deren Unklarheit auf einer Vermengung mit oder unscharfen Trennung von Erwägungen aus dem deliktischen Schadensersatzrecht beruht, sind daher theoretisch ausgeschlossen.

§ 2 Erscheinungsformen der Vertragsverletzung und Grundsatz der Vertragshaftung für "faute"

I. Inexécution und exécution défectueuse

Sedes materiae des vertraglichen Schadensersatzrechtes sind die artt. 1136 - 1155 C.c.; die beiden zentralen Bestimmungen sind die artt. 1147 und 1148 C.c., die lauten:

> " Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au payement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part." (1147).

---

auf die generelle Pflicht, niemand zu schaden, bezögen: Vangerow, a.a.O., S. 590,591 - also ein Problem der Auslegung der entsprechenden Willenserklärungen.

45) Bezeichnenderweise kennt das auf derselben Kodifizierung beruhende belgische Schadensersatzrecht das Verbot der Vereinbarungen über Haftungsausschlüsse gegenüber Deliktsansprüchen ebenso wenig, wie den Grundsatz des non cumul: Vicugeau, Rev. trim. dr. civ. 1965, 447 ff. (Chronique de droit belge), S. 469-471

46) Esmein, L'obligation et la responsabilité contractuelles, Etudes offertes à Ripert, Ed. 2, S. 101 ff., 105

Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit." (1148)

Der Zentralbegriff ist der der "inexécution", der sowohl den "défaut d'exécution" als auch den "retard dans l'exécution" betrifft[1]. Der Begriff der inexécution umfasst schliesslich neben dem vollständigen Ausbleiben der Leistung (défaut d'exécution), insbesondere weil die Leistung unmöglich geworden ist[2], auch die "exécution défectueuse ou imparfaite"[3]. Die exécution défectueuse kann sich auf Haupt- ebenso wie auf Nebenpflichten beziehen, so dass darunter beispielsweise ohne weiteres jede Verletzung einer obligation de sécurité[4] fällt[5]. Verstösse gegen Nebenpflichten, insbesondere Schutzpflichten, sind im deutschen Recht der Hauptfall der positiven Vertragsverletzungen[6]; ebenso wie sich aber die positiven Vertragsverletzungen nicht auf das Gebiet der Nebenpflichten beschränken, sondern auch Platz greifen bei schlecht erfüllten Hauptpflichten[7], trifft die exécution défectueuse beispielsweise auch die Fälle von schlecht erbrachten Dienstleistungen, insbesondere ärztlichen Behandlungsfehlern, oder der Lieferung von mangelhaften Kauf- oder Mietsachen[8]. Das französische Recht kannte, ebenso wie das schweizerische Recht[9], nie die Schwierigkeit, neben Unmöglichkeit und Verzug

---

1) Carbonnier, Théorie des obligations, S. 269; vergl. auch die Überschrift des 4. Abschnittes von Buch III, Titel 3 des C.c.: "Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution d'obligation"

2) Gaudemet et Desbois, Théorie générale des obligations, 1937, S. 377

3) Carbonnier, a.a.O., S. 27o: "L'exécution défectueuse d'une obligation doit être assimilée a une inexécution"; Demolombe, Traité des contrats ou des obligations, 1877, Bd. 1, S. 559; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 3, S. 399;

4) s.o., S. 6; s.u., S. 47

5) Carbonnier, a.a.O., S. 27o; Goldschmidt, Obligation de sécurité, S. 156 ff., S. 172

6) Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Auflage, § 242 Anm. A. 774; Fikentscher, Schuldrecht, S. 175

7) Fikentscher, Schuldrecht, S. 175: Insbesondere bei Schuldverhältnissen ohne gesetzliche Mängelhaftung, wie Dienst-, Gesellschafts-, Leih- und Verwahrungsvertrag

8) Carbonnier, a.a.O., S. 27o

eine dritte Vertragsstörungsform extra legem entwickeln zu müssen.

Art. 1147 C.c. spricht von inexécution, aber nicht von faute. Obwohl kein Zweifel an der Absicht der Gesetzgeber des Code civil bestand[10], Vertragshaftung nur auf der Grundlage einer faute des Schuldners anzunehmen, entstand ein heftiger Theorienstreit, ob faute grundsätzlich unabdingbar für Vertragshaftung sei. Anlass dieses Streites war insbesondere[11] die scheinbare Unverträglichkeit der artt. 1147 und 1137 C.c.[12]. Niemand hatte Zweifel darüber, dass mit den "soins d'un bon père de famille", zu denen art. 1137 C.c. den Schuldner verpflichtet[13], Vertragshaftung für faute angesprochen sei; art. 1137 C.c. wird, obwohl nach seinem Wortlaut auf den Fall einer vertraglichen Obhutspflicht gegenüber einer Sache des Gläubigers beschränkt, auf alle Arten von Verbindlichkeiten angewendet[14]. Da aber artt. 1147, 1148 C.c., die hauptsächlichen allgemeinen Bestimmungen für die Vertragshaftung, ihrem Wortlaut nach schlechthin bei inexécution Schadensersatz gewähren, wenn sich nicht der Schuldner durch den Nachweis von force majeure - also textgemäss nicht etwa durch den Nachweis fehlender faute - als Ursache der inexécution entlasten kann, lag die Annahme nahe, dass faute keine grundsätzliche Anspruchsvoraussetzung sei[15]. Nach heute herrschender Meinung[16] setzt jedoch Vertrags-

---

9) Oser-Schönenberger, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 1 (Obligationenrecht, allgemeiner Teil), 1929, Vorbemerkung zu Artt. 97 ff. OR, Randnr. 7

10) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 730; H. Mazeaud, Essai de classification des obligations, Rev. trim. dr. civ. 1936, S. 1 ff, S. 20

11) Zu weiteren Widersprüchen zwischen verschiedenen Bestimmungen des C.c. Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 731, und Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle, Rev. trim. dr. civ., 1933, S. 627 ff., 628, 629

12) Überblick bei Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 730-749; art. 1137 C. lautet:
"L'obligation de veiller à la conservation de la chose soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent".

13) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 495, 733;
Die Formel "bon père de famille" entspricht der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt des § 276,I,2 BGB, sofern man letzterer Bestimmung eine Funktion auch für das Unrechtsurteil zukommen lässt wie z.B. Esser, Schuldrecht, S. 192, 186; vgl. Enneccerus-Nipperdey, 15.Bearb., 2. Halbd., S. 1308, Fn. 3. Der Sorgfaltsmasstab des "bon père de famille" entstammt dem römischen Recht hinsichtlich der diligentia des bonus paterfamilias bei der Verwaltung des Vermögens seiner Kinder; vergl. Morel, La réparation de préjudice, Cours de doctorat, 1951/52, S. 169

14) Frossard, La distinction, S. 22, 69; Demogue, Traité des obligations

./.

haftung neben der inexécution matérielle[17] d.h. der reinen Ausbleiben des versprochenen Leistungserfolges, als zweites Tatbestandsmerkmal faute voraus[18]. Am präzisesten wird das von Esmein formuliert:

> "La faute est donc bien le fondement de la responsabilité contractuelle[19] ...Pour qu'il y ait responsabilité, l'inexécution doit avoir lieu avec certaines circonstances, dont la réunion constitue la faute[2o]."

Die Versöhnung dieses Grundsatzes mit dem Wortlaut der artt. 1147, 1148 C.c. geschieht, indem angenommen wird, dass cause étrangère non imputable (force majeure) die Kehrseite der faute des Schuldners ist, anders ausgedrückt, dass der Schuldner durch den Nachweis einer cause étrangère nichts anderes und nicht mehr als fehlende faute nachweist[21][22]. Im einzelnen wird auf diese Argumentation im übernächsten Abschnitt III. betreffend den Begriff und die Bedeutung der cause étrangère zurückzukommen sein; der nachfolgende Abschnitt II. wird sich mit dem Begriff der faute näher befassen.

II. Die faute

Die Begriffsbestimmung der faute hat keine letzte Klarheit erlangt[23].

Bd. VI, S. 12; Esmein a.a.O., Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 634

15) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 64

16) anders z.B. Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, 1947, insbes. S. 277; Frossard, La distinction, insbes. S. 3-9

17) Zu dieser Terminologie Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 791

18) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 743; Esmein, a.a.O., Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 627 ff. passim; Carbonnier, Théorie des obligations, S. 271; nur scheinbar ebenso H. Mazeaud, Essai de classification des obligations, Rev. trim. dr. civ. 1936, 1 ff., S. 5o, und Mazeaud, Responsabilité, 4. Aufl., Bd. 1, S. 613 ff, 625 (nr. 673) - dazu unten, S. 71

19) Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 637

2o) Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 634

21) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 787, 789

22) Überblick über die verschiedenen Theorien, die das Verhältnis der artt. 1137 und 1147 C.c. erklären, bei Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 734 ff.; die Rechtsprechung kümmert sich um diese Theorien nicht: Frossard, La distinction, S. 69

23) Ripert, La règle morale, S. 199: "...ce mot (erg. "faute"), venu au droit de la morale, n'a pu acquérir la précision technique de certains termes juridiques"; Übersicht über die verschiedenen Theorien bei Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 461 ff.

Der Code civil gibt nirgends eine Definition[24].
Im wesentlichen übereinstimmende, prägnante und anerkannte Definitionen werden von Mazeaud-Tunc und Esmein - zunächst gemeinsam für Vertrags- und Deliktshaftung - gegeben: "Violation d'une obligation ou d'un devoir juridique"[25]. Für das hier interessierende vertragliche Schadensersatzrecht präzisieren jedoch beide, um die Deutung auszuschliessen, jede inexécution "purement matérielle", d.h. jedes Nichterreichen des von den Vertragsparteien (ins Auge gefassten oder) zum Leistungsinhalt gemachten Erfolges bedeute per se faute[26] - eine Deutung, die bei den obligations de résultat in Wahrheit zu einer Haftung ohne faute führen würde[27]. Sie präzisieren also: "La faute consiste à ne pas apporter à l'exécution de l'obligation les soins d'un bon père de famille...Il n'est pas douteux, que l'art. 1137 C.c. a suivi cette doctrine" [28].
Damit ist klargestellt, dass die Vertragshaftung neben der Nicht- oder Schlechterfüllung einen Sorgfaltsmangel, écart de conduite,[29] voraussetzt. Das deutsche Recht bezeichnet diesen écartde conduite als Pflichtwidrigkeit[30] und trennt im übrigen zwischen objektiver Pflichtwidrigkeit (Unrecht) und subjektiver Pflichtwidrigkeit (Schuld)[31].

---

24) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 46o; das Wort wird mehrfach gebraucht, beispielsweise in den artt. 13o2, 1245, 1789, 1732 C.c.

25) Esmein, a.a.O., Rev. trim. dr. civ., 1933, S. 631; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 757:"La faute contractuelle est apparue comme l'inexécution d'une obligation; la faute délictuelle comme le manquement à un devoir."

26) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 733

27) Esmein, a.a.O., Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 636; s.u.S.71; demgegenüber ungenau definieren u.a. Josserand, Cours de droit civil positif, Bd. 2, nr. 616:"Du moment que l'obligation contractuelle est inexécuté, le débiteur est présumé en faute ou même, plus exactement, il est en faute"; Carbonnier, Theórie des obligations,S. 271: "La faute peut être regardée comme impliqueé dans l'inexécution"; Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, Bd. 1, S. 613 ff., 618 (Nr. 669-2):" Pacta sunt servanda.... la seule inexécution provenant du fait du débiteur constitue une faute."

28) Esmein, a.a.O., Rev. trim. dr. civ. 1933,S. 634; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 733, S. 758

29) Esmein, a.a.O., Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 636

3o) vergl. Raape, Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung, AcP, Bd. 147, S. 217 ff., S. 218; Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, 1966, S. 123

31) vergl. Esser, Schuldrecht, S. 186, 192; Raape, a.a.O., S. 218,219; Hainmüller a.a.O., S. 12o. Der Theorienstreit über die Abgrenzung von Vertragsstörung, objektiver Pflichtwidrigkeit (Unrecht) und subjektiver Pflichtwidrigkeit (Schuld) kann dahinstehen (s.a. unten S.166); im folgenden werden die Begriffe objektive Pflichtwidrigkeit (Unrecht, Rechtswidrigkeit) und Schuld (Verschulden, subjektive Pflichtwidrigkeit) verwendet werden i.S. Essers in Schuldrecht, S. 186-192, 2oo-2o2

Angesichts der Aufgabenstellung im Hinblick auf das Problem der Beweislast für das "Verschulden" bei positiven Vertragsverletzungen ist zu klären, ob faute entweder mit objektiver oder subjektiver Pflichtwidrigkeit zu indentifizieren ist oder beide Arten von Pflichtwidrigkeit in sich vereinigt. Die französische Rechtslehre sieht dieses Problem[32]. Die Übereinstimmung von faute ausschliesslich mit Verschulden wird nirgends vertreten. Dagegen beinhaltet nach einer grossen Anzahl von Autoren die faute zwei Elemente, nämlich die illicéité und die imputabilité, wobei illicéité einem objektiven, imputabilité einem subjektiven Element entsprechen soll.[33] Illicéité lässt sich denn auch mit Rechtswidrigkeit zwanglos übersetzen;[34] dagegen ist imputabilité mit "Zurechenbarkeit"[35] zu übersetzen, was dafür spricht, dass dieses Element ausschliesslich zur Kennzeichnung der Verantwortlichkeit im Sinne zivilrechtlicher Schuldfähigkeit (§§ 276 Abs. 1, Satz 2, 827, 828 BGB) gebraucht wird. In der Tat benutzen Savatier (ausschliesslich) und Demogue (teilweise) das subjektive Element zum Ausschluss der Haftung von Zurechnungsunfähigen[36].

Wenn Demogue freilich sagt, dass faute vorliege, wenn der Schädiger "la possibilité, avec plus d'attention,de prévoir le dommage" gehabt habe, und dass "deux conditions...l'une objective, l'autre subjective" unerlässlich für faute seien, und wenn nach Ségur "la faute un composé de l'injuria et de la culpa" ist, dann soll zweifellos die aus dem deutschen Recht bekannte Trennung zwischen objektiver und subjektiver Pflichtwidrigkeit angesprochen werden[37].

---

32) allerdings vorwiegend bei der deliktischen faute.

33) Savatier, Responsabilité, Bd. 1, Nr. 4; Ségur, La notion de faute contrac-tuelle en droit civil francais, 1956, S. 12,13,15,21,9; Demogue, Traité des obligations, Bd. 3, Nr. 225.

34) Vergl. Doucet, Wörterbuch der deutschen und französischen Rechtssprache, Teil 1, S. 189

35) Doucet, a.a.O., S. 193; Piccard-Thilo-Steiner, Rechtswörterbuch, Zürich 1950, S. 280,übersetzen mit "Zurechenbarkeit eines rechtswidrigen Erfolgs"

36) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 467-479

37) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 468; 733, Fn. 1 bis; Ségur, La notion de faute contractuelle, 1956, S. 219, ferner S. 12,13,15

Die moderne französische faute - Theorie lehnt jedoch diese Trennung ab[3] zugunsten einer Konzeption der "faute objective"[39]. Das bedeutet zunächst einmal, dass die faute als ein"comportement non social"[4o] oder, synonym ein "erreur de conduite"[41] ermittelt wird am Verhalten eines abstrakten Typs, des bon père de famille (art. 1137 C.c.), des "homme diligent, prudent, honnête"; die individuelle Persönlichkeit des Schädigers wird ausser acht gelassen.[42] In diese "appréciation in abstracto"[43] werden aber"konkrete Elemente"[44] einbezogen insofern, als nicht von einer gedachten Durchschnittssituation, sondern von der konkreten Situation ausgegangen wird.[45] Es werden also Elemente einbezogen, die, zwar nicht persönlichkeitsgebunden aber situationsgebunden, vom deutschen Schrifttum zur Frage des Schuldvorwurfs gerechnet werden, selbst soweit es in § 276,Abs. 1, S. 2 BGB zugleich einen Unrechts- wie auch einen Schuldmaßstab sieht[46]. Das zeigt, dass die faute der objektiven Fahrlässigkeit als Rechtswidrigkeits- und Pflichtwidrigkeitsmerkmal im Sinne der Lehre Nipperdeys[47] am ehesten vergleichbar ist.
Abgesehen von der Einbeziehung der konkreten Situation und des Erfordernisses der Zurechnungsfähigkeit für faute bzw. Haftung[48] werden im übrigen Komponenten subjektiver Pflichtwidrigkeit stark vernachlässigt: Es wird selbstverständlich betont, dass das Schuldnerverhalten nur an der "externen" konkreten Situation gemessen werden könne, um persönlichkeits-

---

38) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 465-469; S. 468 oben:"La notion d'imputabilité est extérieure à la faute proprement dite."

39) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 469

4o) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 489,488

41) wie Fn. 4o; synonym auch "écart de conduite", "manque de prudence et d diligence" (Mazeaud, Responsabilité, S. 486)

42) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 799; 49o, 494-498; das ist vergleichbar mit der Anlegung eines "beschränkt abstrakten" (Soergel-Siebert-Schmid, Kommentar zum BGB, Anm. 14 zu § 276) Maßstabes im deutschen Recht zur Ermittlung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gem. § 276 Abs. 1, S. 1 BGB

43) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 494

44) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 5oo, Nr. 43o

45) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 498-5oo

46) So Esser, Schuldrecht, S. 2o1, 192

47) Enneccerus-Nipperdey, 15. Bearbeitung, 2. Halbband, S. 1277 ff., 128o, 1282, 1295, 131o; wie das franz. Schrifttum bei der Bestimmung der faute geht Nipperdey bei der Ermittlung der Rechtswidrigkeit (objektiven Fahrlässigkeit) - insoweit im Gegensatz zu Esser, Fn. 46 - von der konkreten Situation aus (a.a.O., S. 131o)

48) vergl. Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 519,52o, 53o; a.A. Mazeaud selbst, a.a.O., S. 521,522

gebundene (auf der "internen" konkreten Situation beruhende) Maßstäbe auszuschliessen[49]; so wird die faute beispielsweise unabhängig von der Altersgruppe, der der Schädiger angehört, bestimmt[50]; soweit Differenzierungen innerhalb von Berufsgruppen zugelassen werden, geschieht das sehr zurückhaltend[51] [52]. Wenn sonach die faute eher Handlungsunrecht[53] denn Schuld ist, so vereinigt sie unter ihrem Begriff doch, ebenso wie die objektive Fahrlässigkeit Nipperdeys, nahezu alle Komponenten eines Lebenssachverhaltes, aus denen sich im deutschen Recht objektive und subjektive Pflichtwidrigkeit zusammensetzen[54].

III. Die cause étrangère non imputable

Eine Überprüfung von Begriff und Bedeutung der cause étrangère, Kehrseite der faute[55], wird dazu dienen, den Begriff der faute weiter zu präzisieren und klarzustellen, was der Gläubiger oder der Schuldner zur Anspruchsbegründung bzw. zur Entlastung zu beweisen haben.

---

49) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 5oo-5o3

5o) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 542

51) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 5o3, 798; 799: "Il ne s'agit là cependant que de nuances... si l'on ne veut pas resusciter le dangereux subjectivisme..."

52) andererseits weisen bestimmte "faits justificatifs", nämlich Irrtum ("erreur"), Nötigung ("contrainte"), die den Tatbestand der faute verhindern, auf Elemente subjektiver Pflichtwidrigkeit hin; vergl. hierzu Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 467, 546, 555, 565, 567

53) Carbonnier, Théorie des obligations, S. 359, definiert die faute bezeichnenderweise als Vereinigung dreier Elemente: eines menschlichen Verhaltens ("faite de l'homme"), eines menschlichen Willens, der den Lauf der Dinge zu beherrschen in der Lage war ("volonté"), und eines soziologisch-juristischen Werturteils hinsichtlich dieses Verhaltens ("illicéité")

54) Jedenfalls, sofern man nicht für das deutsche Recht einen rein erfolgsbezogenen Unrechtsbegriff vertritt; die deutsche Rechtslehre sieht denn auch in der faute eine Zusammenfassung von objektiver und subjektiver Pflichtwidrigkeit: Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, Festschrift f. v. Hippel, S. 17 ff., 54o; Esser, Schuldrecht, S. 2o4 (5. d); s. auch von Caemmerer in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd. 2, S. 126, 127; Gehring, Die ärztliche Aufklärungspflicht im franz. Recht, S. 115, Fn. 2

55) s.o. S. 29

1. Die entscheidenden Textstellen des Code civil für die cause étrangère non imputable sind die artt. 1147, 1148 [56]. Art. 1148 C.c. erläutert den durch art. 1147 C.c. dem Schuldner als zur Entlastung auferlegten Nachweis einer cause étrangère dahingehend, dass es sich um force majeure oder cas fortuit handeln müsse. Es besteht aber Einigkeit darüber, dass cause étrangère auch fait de la victime und fait d'un tiers sind[57].

Verglichen mit den im deutschen Haftungsrecht bekannten Entlastungsgründen, handelt es sich bei der cause étrangère nicht um einen homogen die einzelnen Unterfälle erfassenden und erklärenden Entlastungsgrund, sondern um eine Mehrzahl von Entlastungsgesichtspunkten verschiedener dogmatischer Herkunft, welche auch innerhalb der einzelnen Figuren - force majeure, fait de la victime, fait d' un tiers - ohne reinliche Trennung zum Tragen kommen; zum Teil wird die Entlastung durch cause étrangère ganz pauschal als Unterbrechung des Kausalzusammenhangs gesehen, was nach den Vorstellungen des deutschen Rechts sicherlich unzutreffend ist.[58] Im einzelnen:

2. Force majeure und cas fortuit

Das Problem der Entlastung des Schuldner-Schädigers unter Berufung auf force majeure stellt sich nicht, wenn, wie bei den obligations de moyens, der geschädigte Gläubiger die faute des Schuldners nachzuweisen hat[59], sondern nur bei den obligations des résultat, bei denen die faute des Schuldners aufgrund festgestellter inexécution vermutet wird.[60]

---

56) Text der artt. 1147, 1148 s.o. S. 26,27

57) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 414, 415; Carbonnier, Théorie des obligations S. 279, 282; Brunet, Observations critiques sur les notion d'obligation de sécurité, de fait exonératoire et de faute, Gaz. Pal. 1952.1.26

58) Vergl. Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 4o7 ff., 415; Carbonnier, Théorie des obligations, S. 35o, 365 unter c);
es wird jedoch erkannt, dass " le débiteur ne nie pas seulement la causalité, le plus souvent il nie en même temps sa faute" (Mazeaud, a.a.O., S. 418); Planiol-Ripert-Esmein, Traité pratique de droit civil francais, 2. Auflage, Bd. VI., 1, Obligations, S. 516, lehnen die Einordnung unter den Gesichtspunkt der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs überhaupt ab.

59) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 541; Carbonnier, Théorie des obligations, S. 281; differenzierend Demogue, Traité des obligations, Bd. 6, S. 644

60) s.o., S. 5; s.u.,S.63,64

Art. 1148 C.c. nennt force majeure und cas fortuit nebeneinander; gleichwohl besteht heute, insbesondere aufgrund einer insoweit eindeutigen Rechtsprechung, Klarheit darüber, dass die Begriffe ein und dasselbe bedeuten[61].

Force majeure und cas fortuit werden ziemlich einhellig definiert als ein Ereignis, das durch drei Merkmale gekennzeichnet ist: es muss für den Schuldner besitzen irrésistibilité, imprévisibilité und extériorité[62].

Irrésistibilité wird herkömmlicherweise - jedenfalls theoretisch - in einem strengen und absoluten Sinne ohne Rücksicht auf das konkrete Vertragsverhältnis und nur mit Blick auf das fragliche Ereignis verstanden; es muss auch bei Einsatz aller dem Schuldner zur Verfügung stehenden Mittel und Kräfte und bei grössten Opfern buchstäblich unmöglich gewesen sein, das Ereignis zu vermeiden[63]. Im gleichen absoluten Sinne wird theoretisch verlangt, dass das Ereignis bei Vertragsschluss unvorhersehbar gewesen sein müsse, und zwar für einen abstrakten Typ des Schuldners, der bis an die Grenzen menschlicher Intelligenz gegangen ist.[64] Schliesslich muss das die ordnungsgemässe Erfüllung hindernde Ereignis ausserhalb der Sphäre des Schuldners entstanden sein, weshalb Schadensursachen, die auf Fehler von Personal (Erfüllungsgehilfen) oder Sachen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung bedient hat, beruhen, niemals force majeure und damit Entlastungsgrund sein können[65], selbst wenn sie für den Schuldner irrésistible oder imprévisible sind.

---

61) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 545; Carbonnier, Théorie des obligations, S. 280; Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 627 ff., 653, 682, 683; Josserand, Cours de droit civil positif, Bd. 2, nr. 451 unterscheidet cas fortuit und force majeure in Anlehnung an Exner, Grünhuts Z 10, 497, indem er, vom Schuldner aus gesehen, cas fortuit auf innerbetriebliche, force majeure auf betriebsfremde Ereignisse anwendet; dabei sollen sowohl cas fortuit als auch force majeure die faute des Schuldners ausschliessen, aber Fälle von blossem cas fortuit nicht geeignet sein, die Haftung des Schuldners entfallen zu lassen, da dieser für alle innerbetrieblichen Schadensursachen aufgrund des generellen Gefährdungshaftungsgedankens des risque créé einzustehen habe

62) Carbonnier, Théorie des obligations, S. 280; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 532, 557, 558, 565.

63) Carbonnier, Théorie des obligations, S. 280; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 558, 561

64) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 565-567; Bd. 1, S. 744,745; Carbonnier, Théorie des obligations, S. 280

65) Carbonnier, Théorie des obligations, S.281; Mazeaud, Responsabilité Bd. 2, S. 557; Demogue, Traité des obligations, Bd. 6, S. 643; Brunet, Observations critiques sur les notions d'obligation de sécurité, de fait exonératoire et de faute, Gaz. Pal.1952.1.26

Angesichts dieser theoretisch äusserst strengen Voraussetzungen der Entlastung fragt sich die französische Rechtslehre, ob force majeure wirklich dasselbe wie die fehlende faute ist, anders ausgedrückt, ob der Schuldner durch den Nachweis von force majeure ausschliesslich fehlende faute dartut[66]. Im Hinblick auf das deutsche Recht muss man sich fragen, ob es sich bei diesem Nachweis noch um den Nachweis fehlender (subjektiver oder) objektiver Pflichtwidrigkeit oder schon um den Nachweis von qualifizierten Formen des Zufalls jenseits der Frage objektiver und subjektiver Pflichtwidrigkeit (etwa im Sinne eines unabwendbaren Ereignisses gem. § 7 StVG oder höherer Gewalt gem. § 1 HaftpflG.) handelt[67].

Mazeaud[68] haben sich eingehend mit dieser Frage befasst und beantworten sie folgendermassen: Die Voraussetzungen der force majeure müssen in einem weniger absoluten Sinne geschehen werden; sie müssen daran gemessen werden, was nach dem Inhalt des konkreten Vertrages von dem bon père de famille als abstraktem Typ an Einsatz von physischen (wirtschaftlich und psychischen Mitteln verlangt werden konnte, weil andernfalls dem Schuldner eine Sorgfalt zugemutet werde, die derjenigen des mit grundsätzlicher Bedeutung ausgestatteten art. 1137 C.c. wesentlich überlegen sein müsse. Da die faute als Voraussetzung der Vertragshaftung im Prinzip anerkannt sei, könne man das zur Entlastung herangezogene Ereignis nicht nur unter dem Gesichtspunkt impossibilium nulla est obligatio betrachten, sondern müsse es zu der nach dem Vertrag vom Schädiger geschuldeten Sorgfalt in Beziehung setzen. Mazeaud[69] fassen das folgendermassen zusammen: "La force majeure est le nom que l'on donne à l'événement qui a empêché le débiteur d'obtenir le résultat recherché bien qu'il y ait appliqué la diligence due...diligence de bon père de famille qui peut varier selon les contrats....la force majeure peut être invoquée en dehors des cas de guerre ou tremblement de terre auxquels on songe souvent".

---

66) s.o., S. 28

67) Zur Unterscheidung zwischen einfachem casus fortuitus als Fehlen eines zurechenbaren Verschuldens und den qualifizierten Formen des Zufalls im Sinne höherer Gewalt oder unabwendbaren Ereignisses im deutschen Recht vergl. Esser, Schuldrecht, S. 223

68) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 744-751; Bd. 2, S. 552, ff., 568 ff.; ebenso Tunc, Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1945, S. 243 ff.; anders noch Mazeaud, Responsabilité, 4. Aufl., Bd. 1, S. 539 (nr. 630).

69) Responsabilité, Bd. 1, S. 747/48

Mazeaud fragen dementsprechend nicht, ob das Ereignis "normalement"[70] vermeidbar und voraussehbar war, sondern ob es gemessen an konkreten Vertragsverhältnis "suffisament" wenig wahrscheinlich und schwierig zu verhindern war, so dass es der Schuldner nicht vermeiden musste[71]. Das bedeutet in Wahrheit, dass die Kriterien der irrésistibilité und imprévisibilité aufgegeben sind, weil nicht mehr das Ereignis als solches betrachtet, sondern ganz einfach gefragt wird, ob der Schuldner alles nach dem Vertrag Erforderliche getan hat, um den Eintritt des Ereignisses, das ihn gehindert hat, den Vertrag korrekt auszuführen, zu verhindern[72]. Folgendes Beispiel veranschaulicht den Unterschied in der Betrachtungsweise der beiden Theorien zur Erfassung des Begriffes force majeure:

Ein Transportunternehmer transportiert Waren, die während des Transports erfrieren und deswegen verderben; bedeutet das Erfrieren force majeure oder nicht? Unter dem Gesichtspunkt von irrésistibilité und imprévisibilité muss gefragt werden, ob das Erfrieren als solches einfach unvermeidbar war; die Antwort darauf ist, dass zwar Schwierigkeiten für den Transportunternehmer bestehen, das Transportmittel zu heizen, dass das aber möglich ist mit der Folge, dass force majeure nicht vorliegt. Bei der relativierten Betrachtungsweise der force majeure muss dagegen richtigerweise gefragt werden, ob nach dem konkreten Vertrag der Transportunternehmer gegen diese Art des Verderbens der Ware vorzubeugen hatte.[73]

Vielfach wird gelehrt und judiziert, der einfache Nachweis eines Mangels an faute genüge nicht zur Entlastung des Schuldners[74].

---

70) Formulierung einiger Entscheidungen der Cour de cassation, die ihrerseits zu einer grösseren Relativität der force majeure tendieren: Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 520, 637

71) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 553, 569

72) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 554, 569

73) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 564; übereinstimmend mit Mazeaud und Tunc Carbonnier, Théorie des obligations, S. 285; Rodière, Une notion renacée: la faute ordinaire dans les contrats, Rev. trim. dr. civ. 1954, S. 201 ff., S. 208-210

74) Planiol-Ripert-Esmein, Traité pratique de droit civil francais, 2. Auflage 1952, Bd. VI, 1, Obligations, S. 496/497; vergl. Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 554, 1. Abs.; Bd. 1, S. 786-789; Carbonnier, Théorie des obligations, S. 283

In Wahrheit geht es hier um die Frage, ob der Schuldner die präzise Ursache der Schlechterfüllung, den genauen Ablauf der Dinge darzulegen und zu beweisen hat[75].

Es genügt nicht - und darüber besteht Einigkeit[76] - dass der Schuldner generell sorgfältiges Verhalten nachweist, während die Ursache der Schlechterfüllung unbekannt oder unklar bleibt; vielmehr muss sich das Fehlen der faute am konkret geklärten Geschehensablauf ermessen lassen[77]: "La preuve de la force majeure est la seule preuve complète de l'absence de faute". Der Verwahrer beispielsweise muss also nachweisen, unter welchen Umständen die Sache, von der er eines Tages feststellt, dass sie fehlt, abhanden gekommen ist; vermag er das nicht, dann ist Entlastung nicht möglich[78].

Mazeaud meinen, dass ihre geschilderte moderne Auffassung vom Wesen des Nachweises von force majeure ihre Rechtfertigung findet in der neueren Rechtsprechung, die zwar verbal die Kriterien der irrésistibilité und imprévisibilité nicht aufgebe, aber in Wahrheit - abgesehen von dem Merkmal der externité in bestimmten noch zu behandelnden Fällen - mehr und mehr auf den Nachweis fehlender faute bei Ermittlung der Schadensursachen des einzelnen Falles abstelle[79]. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, im einzelnen die theoretischen Erläuterungen Mazeauds anhand der französischen Rechtsprechung zu überprüfen. Die Auffassung von Mazeaud und den zustimmenden Autoren dürfte jedoch den Vorzug verdienen, da allein sie dem Grundsatz der Vertragshaftung für faute Rechnung trägt; ausserdem ist nichts wirklich unvorhersehbar, denn

---

75) Im deutschen Recht bejahen das für den Fall der Unmöglichkeit gem. § 282 BGB Palandt, Kommentar zum BGB, 26. Auflage, Anm. 2 zu § 282; abweichend RGRK z. BGB, 11. Aufl., Anm. 6 zu § 282; a.A. Staudinger, Kommentar z. BGB, 10./11. Aufl., Anm. 1,5 zu § 282; s. aber auch u. Fn. 78

76) Planiol-Ripert-Esmein, a.a.O., S. 496; Rodière, Le régime légal de l'obligation de sécurité due par les transporteurs...., ICP 1952.I. 997, Nr. 39

77) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 788, 789; ähnlich Rodière, Une notion menacée: la faute ordinaire dans les contrats, Rev. trim. dr. civ. 1954, S. 207

78) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 787;
für das deutsche Recht läuft die Entscheidung des BGHZ in DB 1967, S. 858 (Pflicht zur Aufklärung des Zeitpunkts des Diebstahls der verwahrten Sache) auf dasselbe hinaus; ebenso BGH 41, 151 ff. (Allgemeine Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports)

79) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 744; Bd. 2, S. 520, 521, 562, 636, 637 mit Rechtsprechungsangaben;
für Identität von absence de faute und force majeure, aber ohne Präzisierung, im übrigen Saleilles, Essai d'une théorie générale de l'obligation, 1890, S. 393; Ségur, La notion de faute contractuelle, 1954, S. 64, Fn. 14; Rodière, Une notion menacée: la faute ordinaire

schliesslich ist alles schon einmal dagewesen.

Das Merkmal der extériorité als Voraussetzung einer Entlastung des Schuldners wird auch von Mazeaud nicht geleugnet[80]. Sie erkennen, dass die Rechtsprechung[81] in manchen Fällen, in denen Schadensursache ein Mangel oder ein Versagen der vom Schuldner bei der Vertragserfüllung verwendeten Sachen war, ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner den Mangel vermeiden oder überhaupt erkennen konnte, force majeure verneinte. Mazeaud versuchen nicht, diese Rechtsprechung gleichwohl als Ausfluss einer Haftung für faute zu erklären, sondern ordnen diese Fälle ein als - ausnahmsweise - vertragliche Haftung aus Verletzung einer obligation de garantie in Gestalt eines Unterfalles, nämlich der vertraglichen (im Gegensatz zur deliktischen gem. art. 1384 Abs. 1 C.c.) Garantie für Fehlerfreiheit der in executione benützten Sachen[82]. Verglichen mit dem deutschen Recht ist ohne weiteres erkennbar, dass es sich hier um Fälle einer Kausalhaftung handelt, die objektive oder gar subjektive Pflichtwidrigkeit nicht voraussetzt. Dieses Prinzip der vertraglichen Kausalhaftung für Mängel der zur Vertragserfüllung benötigten Sachen wird auch von anderen Autoren des französischen Rechtes anerkannt[83], ist aber keineswegs - insbesondere nicht in der Rechtsprechung - dogmatisch geklärt; auf Einzelheiten wird an anderer Stelle einzugehen sein[83a].

---

dans les contrats, Rev. trim. dr. civ. 1954, S. 201 ff., S. 207, u. Le régime légal..., ICP 1952.I.997, Nr. 39
a.A. Esmein, L'obligation et la responsabilité contractuelles, Etudes offertes á Ripert, 1950, Bd. 2, S. 101 ff., S. 110, 111, und Frossard, La distinction, S. 7 - 9

80) Responsabilité, Bd. 2, S. 557, 558

81) Cass. req. 10.11.1940 D.H. 1940, 209: Transportvertrag, Fahrgast verletzt, Bremse versagt überraschend, ohne dass diesbezüglich Sorgfaltsmängel des Transportunternehmers feststellbar, force majeure verneint;
Cass. 1./30.6.1953, ICP 1953.II.7764: Transportvertrag, Passagier getötet, weil Zug infolge eines Sabotageaktes entgleist, force majeure verneint;
Cass. 2./4.3.1954, ICP 1954.II.8112: Fahrgast stürzt in Metrostation auf glitschigem Boden, nachdem bei andauerndem Schneefall andere Fahrgäste Matsch an den Schuhen in die Station getragen hatten, force majeure verneint;
zu den drei zitierten Entscheidungen auch Frossard, La distinction, S. 7, 8, und Rodière, Une notion menacée, Rev. trim. dr. civ. 1954, S. 214; s. ferner u., S. 86

82) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 123 ff., 811 ff.; Bd. 2, S. 420

83) z.B. Rodière, Une notion menacée, Rev. trim. dr. civ. 1954, S. 212-214 (eher kritisch); Esmein, L'obligation et la responsabilité contractuelles in Etudes offertes á Ripert, 1950, Bd. 2, S. 101 ff., S. 110; ferner u., S. 153, Fn. 13 - 16

83a) s.u., S. 151 f.

3. Le fait de la victime

Diese Rechtsfigur trägt zunächst dem Mitverschulden des Geschädigten Rechnung. Eine § 254 BGB vergleichbare Bestimmung, die mit klaren Worten das Kompensationsprinzip aussprächo, gibt es im französischen Recht nicht;[84] deshalb musste es Rechtsprechung und Lehre vorbehalten bleiben eine Lösung - eben über die Figur des fait de la victime - zu finden. Diese Lösung besitzt heute die Kraft von Gewohnheitsrecht[85].

Das fait de la victime kann die Haftung teilweise oder auch ganz ausschliessen[86]. Für die Fälle der obligation de moyens kommt, theoretisch gesehen, da der Gläubiger das Vorhandensein einer faute des Schuldners nachweisen muss, nur der Gesichtspunkt der Haftungsteilung bei "faute commune"[87] in Betracht[88]. Bei den obligations de résultat ist trotz feststehender inexécution völlige Entlastung möglich, wenn der Schuldner nachweist, dass das fait de la victime die einzige Schadensursache ("seule cause") ist[89]. Darüber, wann das fait de la victime einzige Schadensursache ist, besteht - dogmatisch, aber nicht auf das Ergebnis gesehen[90] - Streit. Ausgehend von einer relativierten Auffassung der force majeure[91] muss das fait de la victime nach Ansicht von Mazeaud den Charakter einer force majeure haben, um den Schuldner völlig entlasten zu können[92].
Somit handelt es sich beim Einwand des fait de la victime zum Zwecke völliger Entlastung letztlich um den Nachweis, dass der Schuldner angesichts der, von ihm aufzuklärenden, konkreten Schadensursache alles Erforderliche getan und keine faute begangen hat[93].

---

84) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 437; Keller, Mitverschulden als Generalklausel, S. 37

85) Keller, aa.O., S. 37

86) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 5o4, 5o8

87) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 497 ff.

88) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 443, 473 Fn. 1

89) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 5o8, 5o9, 513-523, mit Rechtsprechungsübersicht auf S. 515, 517, 521; es klingen Kausalitätsgesichtspunkte an.

9o) vergl. Rechtsprechungsübersicht, Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 5

91) s.o., S. 35-37

92) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 516-521; S. 519, Fn. 12, mit Nachweisen gleicher Meinungen; S. 517, Fn. 8, mit Nachweis zustimmender Rechtsprechung; a.A. Carbonnier, Théorie des obligations, S. 283

93) Beispiel bei Carbonnier, Théorie des obligations, S. 282: Fahrgast stürzt aus dem Zug, ausschliesslich infolge eigener Unvorsichtigkeit

4. Le fait d'un tiers

ei dieser Figur geht es einmal um die wohl kaum praktisch werdende Frage er Schadensaufteilung auf mehrere gemeinsam schädigende Vertragspartner, ie sich nicht solidarisch als echte Gesamtschuldner verpflichtet haben[94], um anderen um das Problem des Schadensausgleichs im Innenverhältnis mehrerer Schädiger[95] und zum dritten - hier allein von Interesse - um den all, dass das fait d'un tiers als "seule cause" des Schadens zur völligen ntlastung des Schuldners führt[96]. Nach herrschender Meinung ist für etzteres erforderlich, dass das fait d'un tiers den Charakter von force ajeure aufweist[97]. Bei zutreffender relativierter Auffassung der force ajeure handelt es sich auch hier um den Nachweis seitens des Schuldners, elches die präzise Schadensursache war, und dass er angesichts dieser eine faute begangen hat[98].

IV. Ergebnis

a also die exécution défectueuse die gleichen objektiven Tatbestände der ertragsstörung wie die positive Vertragsverletzung betrifft, da ferner aute sich den Pflichtwidrigkeitskategorien des deutschen Rechts durchaus inordnen lässt und da schliesslich der vom Schuldner zu seiner völligen ntlastung zu erbringende Nachweis von cause étrangère - abgesehen vielleicht on den Fällen, in denen der Schaden auf Mängeln der vom Schuldner zur ertragserfüllung benutzten Sachen beruht - lediglich der lückenlose Nachweis fehlender faute ist, besteht kein Hindernis, die Ergebnisse des ranzösischen Rechts hinsichtlich der Beweislast für die faute bei einem echtsvergleich in Ansehung des Problems der Beweislast für das Verschulen bei positiver Vertragsverletzung zu verwenden, wenn man sich darüber im laren ist, dass sich nach allem der Entlastungsbeweis des Schuldners nicht ur auf das Verschulden (die subjektive Pflichtwidrigkeit) i.S. des eutschen Rechts erstreckt.

3 Die Ermittlung von Vertragspflichten

ertragshaftung setzt, vom Vorhandensein eines Vertragsbands zwischen Schädier und Geschädigtem überhaupt, von dem möglicherweise inexécution bildenden chädigenden Umstand und von der faute abgesehen, zunächst einmal eine nfolge des konkreten schädigenden Ereignisses verletzte bestimmte Vertrags-

---

4) s.o., S. 21; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 625

5) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 626, 639

6) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 631 ff.; wiederum klingen Kausalitätsgesichtspunkte an

7) siehe bei Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 631, 633 (Rechtsprechungsübersicht); Carbonnier, Théorie des obligations, S. 283

8) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 633, 638; Beispiele bei Carbonnier, Théorie des obligations, S. 283: Dritter stiehlt die aufbewahrte Sache

pflicht voraus[1]. Die Breite des Anwendungsbereichs vertraglichen Schadensersatzrechtes und der Unterscheidung zwischen den obligations de résultat und den obligations de moyens[2] mit ihren Konsequenzen für die Beweislastverteilung hinsichtlich der Faute des Schuldners hängt daher ganz wesentlich von der Ermittlung einzelner Schuldpflichten im konkreten Vertragsverhältnis ab.

Da die Vertragspartner bei Vertragsschluß in vielen Fällen eine ausdrückliche Regelung aller möglichen Entwicklungsfragen des konkreten Schuldverhältnisses nicht vornehmen, sondern sich auf die vertragliche Festlegung einzelner grundlegender Interessen und Hauptpflichten konzentrieren, bedürfen Verträge in der Regel zunächst individueller - durch Vertragsauslegung -, dann standardisierter - durch Rückgriff auf die dispositiven, speziellen Vorschriften und generellen Pflichtenmaßstäbe des Schuldrechts - Ergänzung[3].

I. Allgemeines zur Vertragsinhaltsbestimmung

Der exakten Vertragsinhaltsbestimmung wird im französischen Recht besondere Bedeutung beigemessen, weil infolge des Grundsatzes des non cumul zwischen vertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen[4] die Notwendigkeit besteht, in jedem einzelnen Fall festzulegen, ob nur Vertragshaftung oder nur Delikthaftung als Anspruchsgrundlage in Betracht kommt[5].

Der Code civil gibt für die Bestimmung der Vertragspflichten einen klaren gesetzlichen Ausgangspunkt, der als solcher dem des BGB, das nach dem Wortlaut des § 242 nur die Art und Weise einer geschuldeten Leistung bestimmt, überlegen ist. Neben art. 1134 Abs. 3, C.c., wonach die Verbindlichkeiten "doivent être exécutées de bonne foi", bestimmt art. 1135 C.c.: "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation

---

1) Malou, Traité pratique de la responsabilité civile, 6. Auflage, S. 274; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 136 a.E., S. 189

2) Sieht man davon ab, daß nach einer Minderheitsmeinung die Unterscheidung auch im Deliktsrecht Anwendung findet; siehe unten S.65

3) Wegen des Vorrangs individueller vor standardisierter Ergänzung Mazeaud, Lecons, 1. Auflage, Bd. 2, S. 264, 265; Esser, Schuldrecht, S. 44

4) s.o., S. 24

5) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 109 nr. 149 a.E., S. 222; Martine, L'option, S. 44

d'après sa nature."[6] Dennoch erreichte das französische Recht erst Anfang des 2o. Jahrhunderts Klarheit darüber, dass Vertragspflichten bestehen könnten, die einmal weder im Gesetz noch zur anderen von den Parteien beim Vertragsschluss ausdrücklich vorgesehen waren. So bestritt noch Planiol[7] die Zulässigkeit von 'contrats innommés" im französischen Recht und leitete daraus ab, dass im Gesetz nicht genannte Pflichten keine Vertragspflichten sein könnten. Noch 1929 hatte die Cour de cassation die vertragliche Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer bei dessen Verletzung während der Arbeit mit der Begründung abgelehnt, dass "ce contrat ne règle pas la question de responsabilité"[8]; die Rechtsprechung hält hier eng an einer Beschränkung der Vertragspflichten auf das, was dem ausdrücklichen Parteiwillen entspricht, fest[9]. Wegweisend war dagegen die Anerkennung einer obligation de sécurité zugunsten des Fahrgastes im Transportvertrag im Jahre 1911[1o]. Aufgegeben sind heute die beiden extremen Ansichten, Vertragspflichten seien nur solche, die sich ausdrücklich auf das eigentliche Objekt des Vertrages, das dare oder facere, bezögen einerseits, oder Vertragspflichten seien infolge jeden Schadens, der nicht aufgetreten wäre, wenn die Parteien nicht mit einander kontrahiert hätten, verletzt andererseits[11]; aufgegeben ist aber auch die Meinung, alle vertraglichen Nebenpflichten müssten sich letztlich auf einen, wenn auch nicht ausdrücklichen,

---

6) Regeln über die Auslegung von Verträgen enthalten ferner die artt. 1156-1164 C.c.

7) D.1912.1.113; dazu Brunet, Observations critiques sur les notions d'obligation de sécurité...,Gaz. Pal. 1952.1.26

8) Cass. civ. 27.2.1929, D 1929.1.129 = S. 1929.297; es handelte sich um einen Arbeitsunfall in Senegal, der tatbestandlich von der enumerativ vorgehenden gesetzlichen Regelung der Arbeitsunfälle nicht erfasst wurde; ebenso Cass. civ. 5.6.1957, D. 1957.577 (Parkinsonsche Krankheit): Anwendung von art. 1384 Abs. 1 C.c. ohne Begründung, warum keine Vertragshaftung; generell zustimmend hierzu (!) Martine, L'option, S. 38; s. ferner o., S. 11

9) Brouillonet, Des contrats comportant une dette de sécurité, 1934, S. 134

1o) s.o., S. 14

11) Martine, L'option, S. 41; Planiol-Ripert-Esmein, Traité pratique de droit civil francais, 2. Auflage, Bd. VI, 1, Obligations, S. 668

so doch stillschweigenden Parteiwillen zurückführen lassen[12]. Heute gilt, wie im deutschen Recht, dass nicht nur der ausdrückliche oder durch Auslegung ermittelte stillschweigende Wille der Vertragsparteien, sondern auch équité und usage (art. 1135 C.c.) einzelne Vertragspflichten, insbesondere Nebenpflichten, geschuldet sein lassen[13].

II. Die Nebenpflichten

Es wird unterschieden zwischen obligations essentielles und obligations accessoires[14]. Die Unterscheidung zwischen obligation essentielle und obligation accessoire wird danach getroffen, dass erstere vorliegt, soweit "le contrat....inconcevable sans elle" ist[15] oder soweit sie die Vertragsschliessenden "pour but essentiel de créer" ins Auge gefasst hatten[16]. Im Einzelfall kann die Zuordnung zu den obligations essentielles (principales) oder accessoires fraglich sein;[17] das Problem kann dahinstehen, da exécution défectueuse sowohl bei Haupt- als auch bei Nebenpflichten möglich ist[18] und da sich die Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens

---

12) So noch Mazeaud, Responsabilité, 4. Aufl., Bd. 1, S. 165, nr. 151, S. 189,nr. 165 (dazu 6. Aufl., S. 19o)

13) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 222-225; Mazeaud, Lecons, 1. Aufl., Bd. 2, S. 264 ff., 265; Anm. Rodière, ICP 1965.II.14o22 zu Cass. civ. 2./19.11.1964;wegen dennoch weiterhin bestehenden Schwierigkeiten, s.u.,S. 56, Fn. 79;
die verschiedenen Meinungen zur Begründung der obligation de sécurité als einer Vertragspflicht spiegeln anschaulich die verschiedenen Meinungen zur Möglichkeit der Vertragspflichtenbestimmung überhaupt wieder: Becqué, La protection, S. 14o ff., 159 ff., 163 - obligation de sécurité als eine Art gesetzliche, von Parteiwillen und Vertrag nicht mehr gedeckte Pflicht; Mazeaud,Responsabilité, 4. Aufl., Bd. 1, nr. 151,und Marty-Raynaud, Droit civil, Bd. II, 1, 1962, S. 198-2o1 - obligation de sécurité vom Willen der Vertragsschliessenden umschlossen; Mazeaud,Responsabilité, 6. Auflage, Bd. 1, S. 19o (nr. 151) - obligation de sécurité ausserhalb des Parteiwillens als Folge der équité.

14) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 182, 189; Becqué, La protection, S. 142; Martine, L'Option, S. 36,37

15) Becqué, La protection, S. 142

16) Mazeaud, Lecons, 1. Aufl.,Bd. 2, S. 321

17) Mazeaud, Lecons, 1. Aufl., Bd. 2, ordnen beispielsweise die obligation de sécurité des Arztes als essentielle (S. 321), die obligation de sécurité des Transportunternehmers (S. 322) als accessoire ein; Goldschmidt, Obligation de sécurité, S. 1o, Fn. 3,hält die obligation de sécurité des Warenbeförderers für eine essentielle, Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 211,unterscheiden beim Arzt die Pflicht zur sorgfältigen Behandlung von einer akzessorischen obligation de sécurité wegen der Problematik der Abgrenzung zwischen Hauptpflichten und Nebenpflichten bzw. zwischen Nebenleistungspflichten und anderen Nebenpflichten im deutschen Recht vergl. Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Anm. A. 772,774 zu § 242; Esser, Schuldrecht, S. 1o6

gleichermassen auf Haupt- wie auf alle Nebenpflichten bezieht[19].

Während sich in modernen deutschen Schrifttum zum allgemeinen Teil des Schuldrechts jeder Autor intensiv mit einer Typisierung und Klassifizierung der einzelnen Vertragspflichten, insbesondere Vertragsnebenpflichten befasst[20], gelangt in der einschlägigen französischen Literatur lediglich Mazeaud zu einer Gesamtdarstellung[21].
Folgende Nebenpflichten werden behandelt:

1. Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen den Parteien (obligation de collaboration)[22]

Danach hat jeder Vertragspartner entsprechend den Umständen und der Art des Vertrages die Interessen des anderen Vertragspartners so gut wie möglich zu berücksichtigen. Demogue[23] nennt hier die Pflicht von Gesellschaftern zur Zusammenarbeit, die Mitarbeitspflicht des Gläubigers (beispielsweise Pflicht zur Bereitstellung eines Arbeitsplatzes) sowie Mitteilungs- und Warnungspflichten. Hierunter fällt ferner die Pflicht, den Vertragspartner bei der Verfolgung seiner Ansprüche gegen Dritte zu unterstützen, insbesondere bei einem Unfall den alleinschuldigen Dritten zu indentifizieren[24].

---

18) s. o. S. 27

19) beispielsweise für die obligation de sécurité: Goldschmidt, Obligation de sécurité, S. 17; Becqué, La protection, S. 27; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 190; beispielsweise für Aufklärungs- oder Mitteilungspflicht: Anm. Nerson, S. 1953.1.41 ff. und Anm. Besserve, JCP 1956, I.1308 (Aufklärungspflicht des Arztes); Rechtsprechungsbericht Rodière, Rev. trim. dr. civ., 1965, 819 zu civ. 8.10.1964, D. 1965.233 (Mitteilungspflicht einer Privatschule hinsichtlich Stundenplanänderung)

20) vergl. beispielsweise Esser, Schuldrecht, §§ 32,33; Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, § 2 I, § 10 II, § 23 I; Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, 9. Auflage, Randnr. 61 - 108 zu § 242; Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Auflage, Nr. A.770-952 zu § 242 BGB; ferner Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, 1965

21) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 801 ff., 808 ff; Ansätze auch bei Demogue, Traité des obligations, Bd. 6, S. 17-44, und, speziell für das Arbeitsrecht, bei Rouast-Durand, Droit de travail, 3. Aufl., 1963, S. 413 ff., 415 ff.; dagegen ohne Systematik Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 6. Aufl. (wie die Nummern 408 und 409, S. 277-279, ergeben); Carbonnier, Théorie des obligations; Martine, L'option (wie S. 36-43 ergeben); Savatier, Responsabilité, 2. Aufl., Bd. 1, S. 168 (wie die Überschrift zu § 4:" Les devoirs qu'on hésite à faire dériver du contrat" zeigt)

22) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 802, 808; Demogue, Traité des obligations, Bd. 6, S. 17,18

23) a.a.O., S. 18,21,38

2. Aufklärungs-, Mitteilungs- und Warnungspflichten (obligation de renseignements)[25]

Sie ist im französischen Recht für alle möglichen Arten von Verträgen als Ausfluss der Verpflichtung der Parteien "de collaborer en vue de la bonne exécution du contrat" verhältnismässig weitgehend anerkannt.[26] Insbesondere kann sich aus der Person des Schuldners als eines "professionnel" gegenüber dem Gläubiger "non-professionnel" die Aufklärungspflicht ergeben[27]; das gilt vor allem dann, wenn der Gläubiger zudem ein besonderes Vertrauen in seinen Schuldner setzt, wie beim Arztvertrag[28]. Ferner hat beispielsweise der Verkäufer den Käufer über die besonderen Gefahren des Kaufgegenstandes (ohne dass bereits ein Mangel vorläge) aufzuklären;[29] der Werkunternehmer hat bei einverständlicher provisorischer Reparatur eines PKW auf die möglichen Folgen eines längeren Gebrauchs hinzuweisen;[30] die Privatschule hat die Eltern auf eine Änderung des Stundenplanes hinzuweisen, damit diese ihr Kind rechtzeitig abholen können[31].

3. Arbeitsverhältnis

Der Arbeitnehmer hat die "obligation de fidelité ", die sich auf die Unterlassung von Nebenarbeit, die Wahrung von Betriebsgeheimnissen,

---

24) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 8o; Civ. 1./8.2.1961 D. 1961. 254 (Eislaufplatz, Pflicht des Unternehmers, Zeugen eines Unfalls feststellen und polizeiliche Ermittlungen durchführen zu lassen); aber Paris, 2o.1o.1961, D. 1962.263; a.A. Cass. req. 3o.9.194o, Gaz. Pal. 194o.2.117 (Unfall im Verlauf eines Beförderungsvertrages); für das deutsche Recht Soergel-Siebert, a. zuletzt a.O., Randnr. 78 zu § 242 BG

25) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 8o1, S. 8o9-811; Juglart, L'obligation de renseignements dans le contrat, Rev. trim. dr. civ. 1945, S. 1 ff.

26) Mazeaud, Responsabilité Bd. 1, S. 8o9; Demogue, a. zuletzt a.O., S. 38

27) Demogue, Traité des obligations, Bd. 6, S. 187: "Le professionnel doit renseigner le non-professionel"

28) Gehring, Die ärztliche Aufklärungspflicht im französischen Recht, S. 3 Juglart a.a.O; Cass. civ. 29.5.1951, D. 1951.53 = ICP 1951.II.6421 mit Anm. Perrot (Arztvertrag);
für den Notar Rechtsprechungsübersicht Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 597/96, Fn. 1 ter;
für den "avoué" Aix-én-Provence, 6.2.1961, D 1961.3o6 m. Anm. Savatier;
für den Bankier Cass. req. 18.12.1933, S. 1938.1.49 (in Anm. Rousseau)

29) Trib. civ. Sousse, 12.12.1956, ICP 1957.II.9752 (Kauf eines Warmwasserboilers, der dann explodiert); Demogue, Rev. trim. dr. civ. 1923, 647 Anm. zu einer Entscheidung des obersten kanadischen Gerichtshofs (Kauf eines Gewehrs, das beim Gebrauch zerspringt); Paris 18.2.1957, ICP 1957.II. 9944 mit Anm. Esmein, u. Cass. civ. 2./5.5.1959, ICP 1959.II. 11159 (beide Urteile betreffend gleichen Fall, dass Friseur vom Hersteller Dauerwellenmittel erwirbt, das bei besonders empfindlichen Personen zu Ausschlägen führt.

30) Civ. 1./16.5.196o, D 196o.737 mit Anm. Tunc

31) Cass. civ. 1./6.1o.1964, D.1965.233 mit Anm. Azard

die Loyalität gegenüber dem Arbeitgeber und auf Konkurrenzunterlassung bezieht[32]. Hinsichtlich des Arbeitgebers wird angenommen, er habe eine vertragliche Pflicht, den Arbeitnehmer zu beschäftigen; die Pflicht zur Urlaubsgewährung sei eine gesetzliche Pflicht[32]. Eine vertragliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers scheint nicht in dem Umfange wie im deutschen Recht angenommen zu werden [32a]; auf die Verwahrungspflicht des Arbeitgebers hinsichtlich der Sachen des Arbeitnehmers und auf die Sorgfaltspflichten des Arbeitnehmers hinsichtlich der Dienstverrichtungen und der Geräte des Arbeitgebers wird im 4. Kapitel gesondert eingegangen werden.

4. Die obligation de sécurité

Die obligation de sécurité ist die "plus typique" der obligations accessoires[33]. Sie nimmt in der Entwicklung des Schadensersatzrechts seit der Schöpfung des Code Civil einen "place d'honneur"[34] ein und ist bezüglich ihres Anwendungsbereichs und ihrer theoretischen Durchbildung noch in der Fortentwicklung begriffen.[35] Sie wird bei allen denkbaren Arten von Vertragsverhältnissen angewendet und tritt, obzwar regelmässig Nebenverpflichtung, auch als Hauptleistungspflicht auf[36]. Ähnlich wie im deutschen Recht die positiven Vertragsverletzungen in der Hauptsache bei der Verletzung von Nebenverpflichtungen vorkommen[37], ist in der französischen Rechtsprechung die exécution défectueuse am häufigsten bezüglich den verschieden gestalteten obligations de sécurité

---

32) Rouast-Durand, Droit de travail, 3. Aufl. 1963, S. 413-415

32 a) s.o. S. 43, Fn. 8, S. 11 im Gegensatz von § 618 BGB

33) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 189

34) Josserand, L'essor moderne du concept contractuel, Etudes Gény, Bd. 2, S. 34o

35) Tunc, Rev. trim. dr.civ., 196o, S. 649, Nr. 14 (Rechtsprechungsbericht)

Fundstellenübersicht: Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 189-221 (weitaus überlegen); Savatier, Responsabilité, 2. Aufl., Bd. 1, Nr. 133 ff.; Savatier, Le dommage et la personne, D. 1955. chron. S. 5 ff.; Becqué, La protection de la victime d'un dommage corporel; Brunet, Observations critique sur les notions d'obligation de sécurité.... Gaz. Pal. 1952.1.24 ff.; Goldschmidt, L'obligation de sécurité, 1947; Brouillonet, Des contrats comportant une dette de sécurité, 1934

36) s.o.S. 44, Fn. 17; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 218 für Verwahrer und Mieter; ebenso Prossard, La distinction, S. 199, Nr. 344 für Verwahrung

37) s.o. S. 27; Staudinger, Kommentar zum BGB, Anm. A 774 zu § 242

behandelt. Parallel hierzu bezieht sich die hauptsächliche Rechtsprechung zu der Unterscheidung zwischen den obligations de moyens und den obligations de résultat sowie deren Unterscheidungsmerkmalen und damit zur Beweislastverteilung im vertraglichen Schadensersatzrecht auf Fälle, bei denen eine obligation de sécurité eines Vertragspartners verletzt wurde[38]; der im 4. Kapitel nachfolgende Rechtsprechungsüberblick wird das verdeutlichen. Das macht es erforderlich, die Theorie der obligation de sécurité etwas zu vertiefen.

a) Definition und Abgrenzung gegenüber anderen Nebenpflichten

Parallel zur dogmatischen Unsicherheit der Begründung einer obligation de sécurité als Vertragspflicht wurde zunächst versucht, diese obligation auf bestimmte Vertragstypen, bestimmte Interessenlagen und das Vorliegen bestimmter Tatbestandsmerkmale zu beschränken[39]. Da die obligation de sécurité zuerst beim Transportvertrag anerkannt worden war[40], wurde sie zunächst immer bei Verträgen angenommen, die ein Beförderungselement enthielten, wie beispielsweise beim Vertrag über Jahrmarktsvergnügen (Karussell) oder über Beförderung mit Liften aller Art; hierauf wird die obligation aber nicht mehr beschränkt[41]. Eine wohl auch heute noch nicht völlig aufgegebene Meinung[42] verlangt als Voraussetzung einer obligation de sécurité, dass der konkrete Vertrag unmittelbar, jedenfalls in engem Zusammenhang mit einer Hauptpflicht, auf die Rechtsgüter, insbesondere die Person desjenigen, dem die Obligation zugute kommen soll, bezogen sein müsse, wobei das spezifische Merkmal des Anvertrauens der Person oder der Sache durch den einen an den anderen Vertragspartner eine besondere Rolle

---

38) Mazeaud, Lecons, 2. Aufl., Bd. 2, S. 17: " La jurisprudence.... n'a pas hésité à s'y rallier (gemeint die Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens), notamment dans le domaine des obligations dites de sécurité"

39) Zu dem Versuch, die Voraussetzungen der obligation de sécurité tatbestandlich enumerativ zu erfassen, vergl. allgemein Becqué, La protection, S. 137 ff., Goldschmidt, Obligation de sécurité, S. 129

40) s.o. S. 14

41) vergl. Becqué, La protection, S. 39; ausgehend davon, dass beim Transportvertrag die obligation de sécurité gewolltermaßen de résultat ist, hinderte diese Assimilation zunächst bei den ähnlich Verträgen die Differenzierung zwischen obligation de sécurité résultat und obligations de sécurité moyens je nach den konkreten Umständen der "Beförderung"; s.u. S. 93,95

spielen soll[43]; typische Beispiele sind der Arztvertrag, der Transportvertrag, der Gastaufnahmevertrag und der Verwahrungsvertrag; Gegenbeispiel ist der Kaufvertrag.

Moderne Meinungen dagegen machen die Annahme einer obligation de sécurité nicht mehr von derlei bestimmten Voraussetzungen abhängig, sondern bejahen sie, gem. art. 1135 C.c., wenn es "la nature de la convention et l'équité" erfordern[44].

Ursprünglich entwickelt aus Anlass von Körperschäden[45], ist jetzt ausser Zweifel, dass es sich um eine obligation de sécurité sowohl "quant à la personne" als auch "quant aux biens" des Vertragspartners handelt[46].

Alles in allem lässt sich die obligation de sécurité dahingehend definieren, dass die Vertragsparteien verpflichtet sind, "restituer le cocontractant ou ses biens sain et sauf à l'expiration du contrat."[47]

Die Abgrenzung der obligation de sécurité von den sonstigen Nebenpflichten kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Wie im deutschen Recht ist danach zu unterscheiden, dass es sich bei der obligation de sécurité um eine Schutzpflicht im engen Sinn handelt, die unmittelbar die am Schuldverhältnis beteiligten Gegenstände und Personen schützt,

---

42) vergl. Paris, 14.4.1962, ICP 1964.II.13749 mit Anm. Martin: "le propriétaire n'avait d'autre obligation envers le reparateur que d' en payer le coût" (Werkunternehmer war bei der Reparatur eines Weizensaugers auf dem Gelände des Eigentümers von dem umstürzenden Gerät verletzt worden); s.a. Anm. Rodière ICP 1965.II.14022

43) Goldschmidt, a.a.O., S. 129; Decqué a.a.O., S. 162; Savatier, 2. Auflage, Bd.1, S. 168 ff., Nr. 130, Nr. 131, Nr. 135 (S. 176); vergl. auch Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 190, und Brunet, Observations critiques sur les notions d'obligation de sécurité...., Gaz. Pal. 1952.1.25, IV, die aber beide selbst anderer Ansicht sind; Goldschmidt, a.a.O., S. 129, und Decqué a.a.O. S. 164, verlangen ausserdem, dass der Schuldner der obligation de sécurité "professionel" ist; natürlicherweise handelt es sich bei der Rechtsprechung meist um Fälle aus dem Wirtschafts- und Berufsleben

44) Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 6. Auflage, S. 347; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 189o; Brunet a.a.O., S. 25

45) Savatier, Le dommage et la personne, D 1955. chron. S. 5 ff.

46) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 216 ff.; Savatier, Responsabilité, Bd. 1, S. 168 ff.; Brunet, a.a.O., S. 25; praktisch befasst sich die Rechtsprechung zur obligation de sécurité im engen Sinne (s.u. S. 51) vorwiegend mit Körperschäden; Esmein, D 1962.147 zu Cass. civ. 1./ 7.11.1961 meint, dass die Rechtsprechung der Cour de cassation mitunter eine obligation de sécurité auch jetzt noch ablehne, wenn es sich um Sachschäden handele

47) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 93

während die übrigen Nebenverpflichtungen mittelbar Personen und Gegenstände des Vertragspartners schützen sollen[48].
Beispielsweise hat die Pflicht der Schule, den Eltern rechtzeitig Stundenplanänderungen mitzuteilen,[49] den Sinn, den Schüler - mittelbar - vor Selbstschädigung oder Schädigung durch Dritte zu schützen. Eine reinliche Trennung der Pflichten wird, wie die oftmalige Annahme einer obligation de surveillance oder einer Aufklärungspflicht in bestimmten Vertragsverhältnissen als Ausfluss der obligation de sécurité[5o] zeigt, nicht vorgenommen und ist auch nicht erforderlich.

b) Abgrenzung der obligation de sécurité (a)) von einzelnen gesetzlichen Gewährleistungspflichten für Sachmängelfreiheit

Der Code civil kennt, wie das deutsche Recht, bestimmte spezielle Gewährleistungspflichten hinsichtlich der Mängelfreiheit der zwecks Übereignung oder Gebrauchsüberlassung an den Vertragspartner übergebenen Sachen; so art. 1645 für den Verkäufer, artt. 1719, 1721 für den Vermieter und art. 1947 für den Hinterleger (Verwahrungsvertrag). Infolge der weiten Fassung dieser Vorschriften (art. 1645 C.c.:" tenu de tous les dommages"; art. 1721 C.c.: "tenu d'indemniser quelque perte"; art. 1947 C.c.:"tenu d'indemniser des toutes les pertes") fallen unter die Schadensersatzansprüche aufgrund des Gewährleistungsrechts nicht nur die in der Schlechterfüllung (infolge Übergabe einer mangelhaften Sache als solcher liegenden, sondern alle infolge der Mängel der Sache dem Sachempfänger an weiteren Rechtsgütern entstandenen Schäden[52]. Die Frage nach der Lösung des Konkurrenzverhältnisses zwischen den Schadensersatzansprüchen aufgrund Mängelrechts in vorgenannten zweiten Falle und

---

48) Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Anm. A 775 zu § 242

49) s.o., S. 46, Fn. 31

5o) siehe unten, S. 89,92,1o3, siehe ferner Paris,18.2.1957, o. S. 46, Fn. 29, das obligation de sécurité und Warnungspflicht erkennbar nicht trennt; ebenso Mazeaud, Lecons, 1. Aufl., Bd. 3, S. 843, nr. 993 (obligation de renseignement als "aspect particulier" der obligation de sécurité)

51) Becqué, La protection, S. 143

52) vergl. unten, 4. Kapitel, § 2
Becqué, La protection, S. 142, 143; Brouillonet, Des contrats comportant une dette de sécurité, S. 99 - 1o2; Goldschmidt, Obligation de sécurité, S. 18; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 214; Bd. 2,S. 396, 399; Mazeaud, Lecons, 1. Aufl., Bd. 3, S. 843 (Kauf), 945 (Miete), 1214 (Verwahrung).

zwischen solchen aufgrund der Verletzung einer tatbestandlich an sich gleichfalls gegebenen obligation de sécurité wird übereinstimmend dahingehend beantwortet, dass die Verletzung der speziellen obligation de sécurité in der gesetzlichen Garantie für Mängelfreiheit aufgehe;[53] es wird angenommen, dass sich als Resultat[54] bzw. als Verlängerung[55] der gesetzlichen Gewährleistungspflichten eine von diesen nicht zu trennende obligation de sécurité ergibt.

Im folgenden wird daher zwischen den obligations de sécurité im weiten Sinne aufgrund der extensiven Interpretation des Sachmängelrechts und von den obligations de sécurité im engen Sinne in den übrigen Fällen gesprochen werden.

Bei Verträgen mit gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften kann der Gesichtspunkt der Verletzung einer obligation de sécurité im engen Sinne dann in Betracht kommen, wenn es sich um Schäden handelt, die nicht aus Mängeln der übergebenen Sache resultieren, sondern ihre Ursache in sonstigen Nebenpflichtverletzungen haben, z.B. in der unterlassenen Aufklärung über die besonderen Gefahren einer verkauften, aber mangelfreien Sache[56] oder in der mangelhaften, einen Diebstahl ermöglichenden Überwachung eines Mietshauses durch die Concierge[57].

Wenn andererseits Schäden aufgrund der Mängel der übergebenen Sachen vorliegen, dann sind Ansprüche auf Ersatz dieser Schäden an die speziellen Voraussetzungen des Mängelrechts gebunden[58].

Anders als das deutsche Recht kennt der Code civil kein allgemeines Werkmängelrecht, was damit zusammenhängt, dass die einschlägigen artt. 1779 Ziff. 3, 1787 ff. C.c. primär von der Herstellung beweglicher Sachen oder der Errichtung von Gebäuden ausgingen[59] und echte Mängel -

---

53) Mazeaud, Lecons, 1. Aufl., Bd. 3, S. 843: "L'obligation de sécurité mise à la charge du vendeur se confond avec la garantie contre les vices cachés"; im übrigen Becqué, Brouillonet und Goldschmidt, a. zuletzt a.O.

54) Brouillonet, a.a.O., S. 1oo

55) Goldschmidt, a.a.O., S. 18

56) s.o., S. 46, Fn. 29; vergl. Esser, Schuldrecht, S. 498, Beispiel e); Mazeaud, Lecons, 1. Aufl., Bd. 3, S. 843

57) Mazeaud, Lecons, 1. Aufl., Bd. 3, S. 946

58) Mazeaud, Lecons, 1. Aufl., Bd. 3, S. 843 (von Bedeutung hinsichtlich der Gut- oder Schlechtgläubigkeit des Verkäufers bezüglich des Sachmangels, sofern es sich um einen non-professionnel handelt; s.u., S. 1o7 ff.)

59) Mazeaud, Lecons, 1. Aufl., Bd. 3, S. 1o99

gewährleistungsvorschriften nur hierfür vorsahen (art. 1792 C.c.). Es gilt jedoch auch ohne besondere Gesetzesvorschrift, dass der Werkunternehmer nicht nur die auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Tätigkeit sondern den Werkerfolg schuldet mit der Konsequenz, dass Mängel des Werkes exécution défectueuse einer obligation de résultat bedeuten, wovon sich der Werkunternehmer nur durch den Nachweis von cause étrangère non imputable in dem dargestellten Sinne entlasten kann[6o].

c) Obligation de sécurité in der période précontractuelle und zugunsten von am Vertragsschluss nicht beteiligten Personen

Das Problem der Beweislast für das Verschulden eines Verletzers von Sicherheitspflichten (im engen, den "Vertrags"-partner unmittelbar schützenden Sinne[61]), stellt sich im deutschen Recht auch unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo bei sogenannten Warenhausfällen[62] und unter dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter[63] nahezu in gleicher Weise wie bei der eigentlichen positiven Vertragsverletzung.

Das französische Recht löst beide Fälle ausschliesslich mit den deliktsrechtlichen Haftungsvorschriften:

aa) Die Rechtsprechung befasste sich in den letzten 1o Jahren mit dem Problem der Haftung während der période précontractuelle in Warenhausfällen im buchstäblichen Sinne. Anfänglich bestand die Tendenz, eine vertragliche obligation de sécurité (moyens) der Warenhäuser gegenüber ihren Kunden, auch solange diese noch keinen Kaufvertrag geschlossen hatten, anzunehmen.[64]

6o) Mazeaud, Lecons, 1. Aufl., Bd. 3, S. 1115; Anmerkung Tunc zu Cass. civ. 1./16.5.196o D. 196o.737; s. u. S. 12o ff.

61) siehe oben, S. 5o, Fn. 48

62) BGH NJW 1962, S. 31 (Bananenschalenfall); Baape, Die Beweislast, AcP 147, 217 ff., 22o; H. Stoll, Die Beweislastverteilung, Festschrift für von Hippel, S. 517 ff., 523, 557; Esser, Schuldrecht, S. 213; der Terminus "Warenhausfälle" zur Kennzeichnung einer bestimmten Fallgruppe innerhalb der Haftung für culpa in contrahendo wird in Anlehnung an Nirk, Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, Rabels Z, 1953, S. 31o ff., 311-313, 35o ff. benützt.

63) vergl. BGH, NJW 1965, S. 1955 ff. (allerdings betreffend den Nachweis des Nichtvertretenmüssens im Falle von Verzug, § 285 BGB)

64) Cass. civ. 1./2o.12.196o, ICP 1961.II.12o31 (Kind wirft im Kaufhaus Schemel über Gallustrade); Lacombe, La responsabilité de l'exploitant d'un magasin à l'égard de ses clients, Rev. trim. dr. civ. 1963, S. 242 ff., S. 247; Anm. Azard, D. 1966, 735 zu Cass. civ. 2./11.5.1966

Am 17.11.1961[65] entschied jedoch die Cour de cassation in einem Fall, in dem ein Kaufinteressent das Lager eines Sperrholzhändlers besichtigte und dabei von einer 3,5o m hohen Rampe herabstürzte:

> "Attendu que le contrat de vente ne fait naître aucune obligation de sécurité à l'égard de l'acheteur; que vainement le pourvoi soutient qu 'indépendamment de toute vente, le commercant ait contracté une obligation de sécurité à l'égard de toute personne qui pénètre dans les lieux affectés au commerce et qui est susceptible de se livrer à des achats; qu' en pareil cas...responsabilité délictuelle..."

Am 19.11.1964 entschied die Cour de cassation[66] zu einem Fall, in dem eine Kaufhausbesucherin auf dem Boden eines Kaufhauses ausgeglitten war, ohne dass der Boden irgendwelche Mängel aufgewiesen hatte, ähnlich:

> "Le contrat de vente ne fait naître aucune obligation de sécurité à l'égard de l'acheteur et que cette obligation n'existe pas davantage à l'égard de toute personne pénétrante dans les locaux commerciaux et étant susceptible d'y effectuer des achats,....responsabilité quàsi - delictuelle..."

Während die Entscheidung vom 7.11.61 zwischen der Frage, ob ein Kaufvertrag überhaupt eine obligation de sécurité zugunsten des Käufers enthalten kann, und der Frage, ob vor Abschluss des eigentlichen Kaufvertrages ein vorvertragliches Schuldverhältnis (beinhaltend eine obligation de sécurité) zustande kommt, noch trennt, geht die Entscheidung vom 19.11.1964 vor, in dem sie a maiori ad minus argumentiert (was sich aus dem Worte "davantage" im vorigen Zitat ergibt): Wenn schon ein abgeschlossener Kaufvertrag eine vertragliche obligation de sécurité nicht enthält, dann kann eine solche erst recht nicht vor Abschluss dieses Vertrages entstehen. Die Argumentation der zweiten Entscheidung setzt logisch nicht unbedingt voraus, dass die Möglichkeit des Entstehens eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses, im französischen Recht vorwiegend unter dem Gesichtspunkt des "avant - contrat" diskutiert[67], generell geleugnet wird; denkbar wäre vielmehr, die Ab-

---

65) Cass. civ. 1./ D 1962.147, Anmerkung Esmein

66) Cass. civ. 2./JCP 1965.II.14o22 mit Anmerkung Rodière = D 1965.93 ff. mit Anmerkung Esmein

67) allgemein zur Haftung in der periode précontractuelle Nazeaud, Responsabilité,Bd. 1, S. 148-153; Nirk, Rabels Z, 1953, S. 31o ff.; Nirk, Die Lehre von der culpa in contrahendo in rechtsvergleichender Darstellung, Dissertation 1951; Serick, Rev. int. droit comp. 1955, S. 56o ff., La responsabilité civile en droit allemand, S. 569;

lehnung vertraglicher Haftung vor Vertragsschluss als auf das Gebiet des Kaufvertrags beschränkt anzusehen, weil eben selbst geschlossene Kaufverträge eine obligation de sécurité nicht sollen enthalten können. Letzteres müsste konsequenterweise dazu führen, dass der Käufer, auch wenn er nach Vertragsschluss in den Geschäftsräumen des Verkäufers (ohne dass ein Mangel der gekauften Sache im Spiel ist), verletzt wird, sich nur auf Deliktshaftung stützen könnte[68]. Richtigerweise wird man jedoch davon auszugehen haben, dass die Formulierung der Cour de cassation, Kaufverträge als solche könnten keine obligation de sécurité beinhalten, zu weit gehend und missverständlich ist, und dass sich die Verneinung einer obligation de sécurité auf den Zeitraum bis zum Abschluss eines Vertrages beschränkt und dann für alle Arten von Verträge bei denen der Vertragsinteressent das Geschäftslokal des ins Auge gefassten Partners besucht - beispielsweise beim Kauf einer Fahrkarte, beim Aufsuchen einer Arztpraxis oder des Büros eines Anwalts oder Architekten - gilt[69]. Auch diejenigen Autoren, die die Tragweite der Begründung der beiden Entscheidungen der Cour de cassation vom 7.11.1961 und 19.11.1964 auf den Kaufvertrag beschränken[70], gehen allgemein für alle Vertragsarten davon aus, dass in Fällen, in denen de Vertragsinteressent die Geschäftsräume des möglichen Vertragspartners betritt, ein "avant-contrat" - mit dem Inhalt einer obligation de sécurité - nicht zustande komme.[71]

---

zur Frage des Zeitpunkts eines Vertragsschlusses im Kaufhaus Paris 14.2.1961, ICP 1962.II 12547 m. Anm. Savatier

68) So Anmerkung Esmein, D 1965.93 ff., weil man nicht vom Zufall des Vertragsschlusses die Haftungsgrundlage abhängig machen könne; Lacombe a.a.O., S. 258; die Entscheidung Cass. civ.11.5.60D 1965.735 m. Anm. Azard scheint das zu bestätigen, lässt freilich nicht sicher erkennen, ob Kaufvertrag schon geschlossen war; die genannten Autore verkennen nicht, dass diese Folgerung den Entscheidungen Cass. req. 13.11.45, ICP 1946.II.3o4o (Gaststätte, Ausrutschen auf Bananenschal Cass. req. 6.1.1947, D 1947.21o (Café); Civ. 17.3.1947 D. 1947, 269= ICP 1947.II.3736 (Kinosaal); Civ. 1./15.7.64 D 1964.74o (Hotel), die alle Vertragshaftung nach Abschluss der entsprechenden Verträge annehmen, widersprechen könnte, sehen aber die Unterscheidung darin, dass es sich bei den letztgenannten Verträgen, im Gegensatz zu Kaufverträgen, spezifisch darum handle, "de prendre soin de la personne" des Gastes (Esmein a.a.O)

69) Rodière, Anm. ICP 1965.II.14o22 Nr. 9; ferner Rodière, Anm. Rev. tr. civ. 1965, 622 zu Civ. 2./19.11.1964 (ICP 1965.II.14o22) und Civ. 1./2o.1o.1964 (ICP 1965.II.1415o)

70) s.o. Fn. 68

71) Lacombe a.a.O., S. 256; Esmein, Anm. D.1962, S. 148; Rodière, Anm. ICP 1965.II.14o22 Nr. 1o a.E: "Le droit n'est pas un délassement pou juristes fatigués. Le contrat reste une institution sérieuse qui pui son efficacité dans les volontés concurrentes de contractants...."; stillschweigend für Ablehnung vorvertraglicher Vertragshaftung Civ.2 17.3.65, ICP 1965.II.14436 (Viehhändler vor Kaufabschluss beim Untersuchen des Tieres verletzt)

bb) Einige wenige Entscheidungen[72] besagen, dass der Fahrgast den Vertrag, den er über die Beförderung durch irgendein Beförderungsmittel eingeht, auch zugunsten seiner Angehörigen, denen er unterhaltspflichtig ist, abschliesse. Diese Entscheidungen ermöglichten es, die im Transportvertrag seit 1911[73] anerkannte obligation de sécurité résultat zugunsten der Angehörigen des getöteten Fahrgastes anzuwenden, so dass diese eine faute des Transportunternehmers nicht nachzuweisen brauchten[74]. Diese Rechtsprechung war auf den Bereich des Transportvertrages und den Tod des Fahrgastes beschränkt[75] und nur von kurzer Dauer. Sie beruhte nämlich darauf, dass von der Rechtsprechung die Anwendung des art. 1384 C.c. Abs. 1 mit derselben Folge, dass die Angehörigen des Getöteten eine faute des Transportunternehmers nicht nachzuweisen gehabt hätten, nicht anerkannt war; seit 1951 (Fall des Fährschiffs Lamoricière)[76] wendet die Rechtsprechung in diesen Fällen zugunsten der Angehörigen des Getöteten art. 1384 Abs. 1 C.c. an[77]. Seitdem taucht die obligation de sécurité aufgrund einer stipulation pour autrui tacite, soweit ersichtlich, nicht mehr auf[78].

---

72) Bourgoin, 8.1o.192o D. 1922.2.25 (Fähre); Cass. civ. 6.12.1932, D.1933.1.137 (Eisenbahn); vergl. ferner Cass. civ. 24.5.1933, D. 1933.1.133

73) s.o., S. 14

74) Martine, L'option, S. 111

75) Anm. Savatier, ICP 1966.II.14582 unter IV.; wegen einiger Entscheidungen aus anderen Vertragsarten, die sich gleichfalls mit stillschweigendem Vertrag zugunsten Dritter erklären lassen, vergl. Mazeaud Responsabilité, Bd. 1, S. 169, und insbes. Civ. 2./17.12.54, ICP 1955.II.8490 (Blutspende - s.u., S. 139)

76) Civ. com. 19.6.1951, ICP 1951.II.6426 = D.1951.717 m. Anm. Ripert und Civ. com. 23.1.1952 ICP 1952 II.6869; ebenso Civ. 2./23.1.59 D 1959.281; Civ. 2./23.1.59 ICP 1959 II.11oo2 (2. Fall)

77) wegen des Grundsatzes des non cumul - s.o. S. 24 - musste die Entscheidung Civ. com. 19.6.51, D 1951.717 zuerst die Möglichkeit des aus dem Vertrag zugunsten Dritter Begünstigten, auf den daraus resultierenden Vertragsanspruch zu verzichten, bestätigen; teilweise wird hierin eine Durchbrechung des Grundsatzes des non cumul gesehen, vergl. Cornu, Le problème du cumul, Etudes de droit contemporain, 1962, S. 239 ff., 254 ff.

78) Savatier, a. zuletzt a.O.: tombée en désuétude"; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 173: "abandonnée, du moins dépassée".

III. Ergebnis; Einteilungshinweise

Wenn auch das französische Recht zu einer gleich intensiven systematischen Erfassung der Nebenpflichten nicht gekommen ist und wenn auch über eine Herleitung von Vertragspflichten aus der Generalklausel des art. 1135 C.c. keine restlose Klarheit besteht mit der Folge, dass mitunter insoweit schwer verständliche Entscheidungen[79] verletzbare Vertragspflichten und Vertragshaftung übersehen bzw. verneinen, so ergibt sich nach allem doch, dass im Vergleich zum deutschen Recht keine wesentlichen Unterschiede hinsichtlich Art und Anwendungsbreite vertraglicher Pflichten bestehen[80].

---

79) Beispiele:
Trib. gr. inst. Lure, 17.6.1960, D 1960 somm. 119 m. Anmerkung Tunc Rev. trim. dr. civ. 1961, 104 (Klient fährt mit Anwalt in dessen PKW zu Gerichtstermin und wird bei Autounfall verletzt);
Paris 14.4.1962, ICP 1964.II.13749 - s.o. S. 49 Fn. 42;
Lyon 26.10.1950, D 1951.43 (Verhältnis Fussballspieler-Sportverein);
Cass. civ. 2./13.5.1955, ICP 1956.II.9246 im Gegensatz zu Civ. 1./7.12. ICP 1956.II.9246 mit Anmerkung Esmein (Gasflaschen explodieren beim Füllen durch den Gasverkäufer; im ersten Fall deliktischen, im zweiten vertraglichen Ersatzanspruch angenommen);
Cass. civ. 2./17.2.55, D 1956, 17 mit Anmerkung Esmein (von der Eisenbahnverwaltung vermieteter Schuppen brennt ab);
Cass. civ. 2./19.11.1964 ICP 1956.II.14022 mit Anm. Rodière (Sturz im Kaufhaus vor Abschluss eines Kaufvertrages; die Cour verwendet eine so weite Formulierung zur Ablehnung der Vertragshaftung, dass sich daraus die generelle Ablehnung der Möglichkeit einer obligation de sécurité im Kaufvertrag ergeben könnte, s.o. S. 53,54); ebenso Cass. civ. 1./7.11.1961 D 1962.147 mit Anmerkung Esmein - s.o. S. 53;
Aix, 17.5.1951 ICP 1951.II.6447, Anm. Rodière (keine obligation de sécurité des Krankenhausträgers gegenüber angestelltem Arzt bei Radiumstrahlenverbrennung); ferner die Rechtsprechung zu Arbeitsunfällen, soweit nicht die spezielle gesetzliche Regelung einschlägig - s.o. S. 43,
Carbonnier, Théorie des obligations, S.447: "grande incertitude" bezüglich der obligation de sécurité; ebenso Martine, L'option, S. 39; Ficker, Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers, S. 86; Frossard, La distinction, S. 274, Fn. 41

80) Das französische Vertragshaftungsrecht dürfte aus zwei Gründen weniger überladen sein als das deutsche, was typischerweise die Lösungen zum Problem der sogenannten Warenhausfälle und des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte zeigen: einmal fehlt dem französischen Deliktsrecht die Schwäche, die das deutsche Deliktsrecht aufgrund der enummerierten Haftungstatbestände und der Möglichkeit der Entlastung für Verrichtungsgehilfen aufweist (Serick Rev. int. droit comp. 1955, 569); zum anderen nötigt der Grundsatz des non cumul die Gerichte in manchen Fällen dazu, Vertragshaftung abzulehnen, um die Vorteile der Deliktshaftung der Kläger erhalten zu können (Martine, L'option, S. 42,45); s. aber o.S. 15, Fn. 37; gleichwohl wird teilweise eine zusätzliche Beschränkung des Vertragshaftungsrechts, insbesondere des Gebietes der obligation de sécurité, gefordert: Azard, Anm. D 1966, 735; Azard, Anm. D 1965.233 zu Cass. civ. 1./6.10.1964: " La fameuse et critiquable obligation de sécurité."

Folge der Verletzung der genannten Nebenpflichten, insbesondere der obligation de sécurité, ist Vertragshaftung aufgrund exécution défectueuse. Nimmt man hinzu die Vertragshaftung aufgrund des speziellen Mängelgewährleistungsrechtes einschliesslich der Verletzung der darin enthaltenen obligation de sécurité im weiten Sinne[82] sowie die Verletzung von vertraglichen Hauptpflichten, bezüglich deren kein spezielles gesetzliches Mängelrecht besteht, wie etwa bei Arbeits- und Dienstverträgen, gleichfalls mit Vertragshaftung aufgrund exécution défectueuse sanktioniert[83], so ist damit exakt das Gebiet erfasst, in dem im deutschen Recht die positive Vertragsverletzung zur Anwendung kommt. Der Rechtsprechungsüberblick im 4. Kapitel betreffend die Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens anhand von Haftungsfällen aus verschiedenen Schuldverhältnissen wird sich an die damit angedeutete Dreiteilung - Haftung infolge Verletzung von Nebenpflichten, insbesondere der obligation de sécurité im engen Sinne, oder infolge der Verletzung der gesetzlichen Sachmängelgarantie bzw. der obligation de sécurité im weiten Sinne[84] oder schliesslich infolge von Schlechterfüllung von vertraglichen Hauptpflichten, ohne dass spezielle gesetzliche Vorschriften bestehen - halten[85].

---

81) siehe oben, S. 27

82) siehe oben, S. 27,51

83) siehe oben, S. 27

84) diese Gruppe zeigt im deutschen Recht insofern ein etwas weniger geschlossenes Bild, als hier Anspruchskonkurrenz zwischen Ansprüchen aus Gewährleistungsrecht und solchen aus positiver Vertragsverletzung bei auf Mängeln beruhenden Schäden insoweit angenommen wird, als erstere nur den in der Schlechtleistung als solcher liegenden, letztere nur die darüber hinaus gehenden Schäden an weiteren Rechtsgütern des Sachempfängers betroffen sollen; für Kaufrecht: BGH NJW 1965,532; BGH JZ 1967, 321; Esser, Schuldrecht, S. 5o1; für Werkvertrag: BGH 35, 13o; BGH 37, 343; Palandt, Kommentar zum BGB, 26. Auflage, Anm. 1 c zu § 635; anders, d.h. wie im franz. Recht, jedoch für Mietvertrag: BGH NJW 62, 9o8 (Autoscooter); BGH NJW 1963, 1449 (Hotel)

85) Überschneidungen sind nicht auszuschliessen, insbesondere dort, wo fraglich sein kann, ob die obligation de sécurité im Einzelfall Haupt- oder Nebenpflicht ist; so werden beispielsweise Transport- und Verwahrungsvertrag bei der ersten Gruppe behandelt; vergl. ferner S. 1o5,I.

3. K a p i t e l

Die Theorie der Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens[1]

Die wichtigste, vielleicht sogar die einzig erhebliche[2] Bedeutung der Unterscheidung liegt auf dem Gebiete der Verteilung der Beweislast hinsichtlich bestimmter Anspruchsvoraussetzungen für zivilrechtliche Schadensersatzansprüche; hier aber spielt sie im französischen Recht eine Rolle ersten Ranges[3]. Die herrschende Lehre anerkennt die Unterscheidung und deren bedeutende Rolle, wenn auch mit voneinander abweichenden Begründungen und Ergebnissen[4]. Die Rechtsprechung wendet die Unterscheidung heute als völlig selbstverständlich[5] an und löst mit ihr die Frage, ob der Geschädigte eine faute des Schuldner- Schädigers nachzuweisen hat oder nicht. Eigenartigerweise befasst sich die Recht-

---

1) Allgemeiner Hinweis auf die wesentlichen Literaturstellen:
Demogue, wie S. 4, Fn. 5; H. Mazeaud, Essai de classification des obligations, Rev. trim. dr. civil 1936, 1 ff.; A. Tunc, La distinction des obligations de résultat et des obligation de diligence, ICP 1945, I. 449; P. Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle, Rev. trim. dr. civil 1933, S. 627 ff.; Esmein, L'obligation et la responsabilité contractuelles, Etudes offertes à Ripert, 1950, Bd. 2, S. 101 ff.; Planiol-Ripert-Esmein, Traité pratique de droit civil francais, 2. Auflage, Bd. VI 1, 1952, S. 491 ff.; Mazeaud, Responsabilité, 6. Auflage, Bd. 1, S. 113-132
S. 777 - 794; 4. Auflage, Bd. 1, S. 106-112, S. 613-625, S. 643-650; Ségur, La notion de faute contractuelle en droit civil francais, 1954, S. 24,36 ff.; Carbonnier, Théorie des obligations, S. 271 - 273; Pache, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat en droit francais et son application en droit suisse, 1956; Rodière, Une notion menacée: la faute ordinaire dans les contrats, Rev. trim. dr. civ. 1954, S. 201 ff. ; insbesondere Nr. 5; Brunet, Observations critiques sur les notions d'obligation de sécurité, de fait exonératoire et de faute, Gaz. Pal. 1952.I.doctr. S. 24 ff.; Frossard, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, 1965;
Weitere Hinweise bei Mazeaud, Responsabilité, 6. Auflage, Bd. 1, S. 11 Fn. 8, S. 120, Fn. 1; Übersicht über die die Unterscheidung bekämpfenden Meinungen bei Frossard, La distinction, S. 75-82;
sofern nachfolgend Mazeaud, Responsabilité, zitiert wird, handelt es sich immer um die 6. (Bd. 1) oder 5. (Bd. 2) Auflage, sofern nicht ausdrücklich auf die 4. Auflage hingewiesen ist.

sprechung mit der Theorie der Unterscheidung nicht oder nicht aufschlussreich[6]. Bei der selbstverständlichen Anwendung der Unterscheidung behandelt die Rechtsprechung, wie der Rechtsprechungsüberblick im 4. Kapitel zeigen wird, häufig die Frage, anhand welcher Merkmale festzustellen ist, ob eine obligation de résultat oder eine obligation de moyens vorliegt; einige wenige Entscheidungen beschreiben den "Mechanismus" obligation de résultat - inexécution - présomption de faute - Entlastung durch Nachweis von cause etrangère[7]. Soweit ersichtlich, geht jedoch keine Entscheidung auf die Frage ein, warum eigentlich bei Verletzung einer obligation de résultat einerseits und einer obligation de moyens andererseits verschiedene Beweislastsituationen entstehen; die Rechtsprechung stellt vielmehr lediglich anhand bestimmter Kriterien[8] fest, ob im konkreten Fall eine obligation de résultat oder de moyens verletzt ist, und verteilt danach die Beweislast, so als ob die Verschiedenartigkeit als solche der verletzten Obligation unmittelbar die verschiedene Beweislastverteilung zur Folge habe. Ob letzteres dogmatisch zutreffend ist, muss die nachfolgende Untersuchung der Theorie der Unterscheidung zeigen.

§ 1 Terminologie, Definition der Unterscheidung und ihrer Folgen, Anwendungsbereich

I. Terminologie

Wie erinnerlich, unterschied Demogue zwischen obligation de résultat und obligation de moyens[1]; inzwischen werden wegen angeblich grösserer Trefflichkeit für dieselbe Unterscheidung auch andere Ausdrücke ge-

---

2) Tunc, ICP 1945.I.449 a.a.O., Nr. 26

3) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 119, 114

4) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 114 a.E.;

5) seit der Entscheidung der Cour de cassation vom 2o.5.1936 zum Arzthaftungsrecht, s.o. S. 13; Frossard, La distinction, S. 71, nr. 137; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 79o

6) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 789, Nr. 695 a.A., S. 79o; S. 79o-793 Übersicht über diejenige Rechtsprechung, die sich mit der Theorie, wenn auch unzulänglich, befasst

7) s.u., S. 63

8) s. u., § 3

1) s.o., S. 4

gebraucht, ohne dass eine Terminologie als endgültig herrschend geworden bezeichnet werden könnte[2]. So bezeichnet H. Mazeaud die obligation de moyens als obligation générale de prudence et de diligence[3]; Tunc wählt statt obligation de moyens den Ausdruck obligation de diligence bzw. pure diligence[4]; Mazeaud[5] ersetzen die obligation de résultat durch den Ausdruck obligation déterminée.

II. Definition

1. Die Unterscheidung zwischen den obligations de résultat und den obligations de moyens wird folgendermassen definiert:[6] "Tantôt le débiteur est tenu d'accomplir un fait déterminé ;l'obligatio est strictement précisée, le débiteur doit atteindre un résultat. Tantôt, du contraire, le débiteur est seulement tenu de faire diligence de se conduire avec prudence pour tenter de parvenir au résultat souhaité"[7]. Anders ausgedrückt: Im ersten Fall wird der von den Parteien bei Vertragsschluss ins Auge gefasste Erfolg "objet direct" der Verbindlichkeit[8], im zweiten Falle bleibt der gewünschte Erfolg "extérieur au contrat"[9],und das sorgfältige Verhalten des Schuldners wird allein "objet de l'obligation"[1o]. Dabei wird nicht verkannt, dass einerseits auch jede obligation de résultat ein auf den Leistungserfolg gerichtetes bestimmtes sorgfältiges Leistungsverhalten des Schuldners voraussetzt[11] und dass andererseits die obligation de moyens insofern ein "résultat" - gerichtetes Element enthält, als der materielle Akt des Leistungsverhaltens überhaupt erbracht werden muss.[12]

---

2) Zu der vorsichtigen Ausdrucksweise der Cour de cassation Frossard, La distinction, S. 12o.

3) a.a.O., Rev. trim. dr. civil 1936 S. 1 ff

4) ICP 1945.I.449, Nr. 5; ebenso Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 13o

5) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 13o

6) Zur Definition Demogues vergl. o. S. 5, Fn. 6

7) Mazeaud, Lecons, 2. Auflage, 1962, Bd. 2, S. 15

8) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 116

9) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 117

1o) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 117

11) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 116 mit weiteren Hinweisen in Fussnote 4

12) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 121; Frossard, La distinction, S. 74; Esmein, a.a.O., Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 633; siehe ferner unten S. 62,66

Diese Beschreibung weist ohne weiteres auf die aus dem deutschen Recht bekannte Unterscheidung zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg hin. Untersucht man, wie sich die Unterscheidung résultatmoyens zu letzteren Begriffen verhält, so muss man zunächst feststellen, dass im deutschen Schuldrecht bezüglich der Begriffe Leistungshandlung, Leistungserfolg, Leistung und Erfüllung alles andere als Klarheit herrscht[13]; die vorherrschende Betrachtungsweise[14] geht dahin, der Schuldner schulde nicht den Leistungserfolg, sondern erfolgsgerichtetes Handeln[15]. Andererseits "erlischt das Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird" (§ 362,Abs. 1 BGB), wobei unstrittig die Erfüllung (das Erlöschen) nicht eintritt, wenn der von den Parteien ins Auge gefasste Leistungserfolg nicht eingetreten ist[16]. Richtigerweise muss unterschieden werden: Der Begriff der Schuld besitzt zweierlei Aspekte, die begründet sind durch die verschiedenen Standpunkte, die bei der Betrachtung des Schuldverhältnisses eingenommen werden können: Vom Schuldner her gesehen, lässt sich das Schuldverhältnis als eine Ordnung von Verhaltenspflichten, vom Gläubiger her gesehen als eine Ordnung zur Verwirklichung von dessen Gläubigerinteressen durch Erfüllung begreifen[17]. Unter dem Gesichtspunkt der Erfüllung der Verbindlichkeit - im folgenden Erfüllungsaspekt genannt - bedeutet daher Leistung Herbeiführung des Leistungserfolges durch vertragsgemässes Verhalten des Schuldners.[18] Unter dem Gesichtspunkt der

---

13) Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Auflage Anm. F 27 der Einleitung vor § 241; Wieacker, Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, Festschrift für Nipperdey, 1965, Bd. 1, S. 783 ff., 784, 785, Fn. 7

14) siehe Wieacker, a.a.O., S. 799, Fn. 4

15) Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 6, Fn. 3; S. 8; Esser, Schuldrecht, S. 6o, 94 ff.

16) Staudinger, a.a.O., Anmerkung F 23 der Einleitung vor § 241; Blomeyer, Schuldrecht, 1957, S. 1o; Larenz,Schuldrecht, Bd. 1, S. 314

17) Wieacker, a.a.O., S. 783

18) Wieacker, a.a.O., S. 798; Blomeyer, a.a.O.,S. 1o

vertraglichen Schuldnerpflichten und der eventuell daraus für den Gläubiger resultierenden Schadensersatzansprüche - im folgenden Einstandsaspekt genannt - muss gefragt werden, wie weit der Schuldner für die Leistung im genannten Sinne einzustehen hat, d.h., insbesondere ob er auch dann auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftet, wenn trotz seines pflichtgemässen und vorwurfsfreien Verhaltens das Gläubigerinteresse nicht verwirklicht worden ist[19]; haftet der Schuldner in letzterem Falle nicht, sondern kann sich durch den Nachweis, dass er die Nichtverwirklichung des Gläubigerinteresses nicht zu vertreten habe, befreien, dann "schuldet" er unter dem Einstandsaspekt nicht den Leistungserfolg, sondern ausschliesslich vertragsmässige Sorgfalt (sorgfältiges Leistungshandeln).[20] Leistungshandlung koinzidiert mit dem Leistungserfolg insofern als auch Pflichten, die unter dem Erfüllungsaspekt auf blosses Leistungshandeln wie z. B. nicht erfolgsbestimmte Dienstleistungen, gerichtet sind, ein Erfolgselementdarin aufweisen, dass das Leistungshandeln überhaupt zu erbringen ist[21]; aber auch dieses Erfolgselement ist in der Regel unter dem Einstandsaspekt nicht (unbedingt) geschuldet, da sich der Schuldner durch den Nachweis nachträglich eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Unvermögens befreien kann (§ 275 II BGB)[22].

---

19) Wieacker, a.a.O., S. 799; Dlomeyer, S. 1o

20) Ob der Schuldner im Sinne des Einstandsaspekt den Leistungserfolg "schuldet", kann nicht einheitlich beantwortet werden, sondern bestimmt sich nach der einschlägigen gesetzlichen Regelung für das konkrete Schuldverhältnis und aus dem vernünftigen Sinne des vertraglichen Leistungsversprechens: Wieacker, a.a.O., S. 8oo ff.; Esser, Schuldrecht, S. 96: "Enderfolg geschuldet" - kritisch dazu Wieacker, S. 788, Fn. 17

21) Esser, Schuldrecht, S. 95 bezeichnet das als den "geschuldeten näheren Erfolg", der aber, wie die weiteren Erläuterungen Essers zeigen, gleichfalls nicht im Sinne unbedingten Einstehenmüssens "geschuldet" ist

22) Wieacker, a.a.O., S. 794, 8o3, 8o5

Die Anwendung dieser für das deutsche Recht präzisierten Regeln auf die Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens ergibt: Die Unterscheidung betrifft, jedenfalls nach herrschender französischer Meinung[23], den Erfüllungsaspekt der obligation; d.h., die Feststellung, dass eine obligation de résultat auf dem Schuldner lastet, besagt nicht, dass der Schuldner unbedingt dafür einzustehen hat, dass das résultat (das auch das Erbringen des Leistungshandelns als solchen sein kann) eintritt. So verstanden kann man daher in den termini des deutschen Rechts sagen, dass die obligation de résultat einen Leistungserfolg aufgrund sorgfältigen Leistungshandelns, die obligation de moyens ein blosses sorgfältiges Leistungsverhalten zum Gegenstand hat[24].

2. Die Folgen der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens für die Verteilung der Beweislast, je nachdem, ob die eine oder andere Pflichtenkategorie im konkreten Fall verletzt ist, werden folgendermassen definiert:[25]

> "S'il y a obligation de résultat le débiteur a la charge de prouver, soit que le résultat recherché a été atteint[26], soit qu'un obstacle de force majeure a empêché qu'il le soit. Dans les autres obligations (erg.: de moyens) il appartient au contraire au créancier de prouver la faute du débiteur."

In einem Fall muss also der geschädigte Gläubiger faute des Schuldners nachweisen, im anderen nicht. Hierüber besteht im Ergebnis Einigkeit aller Autoren gleich, welche der nachfolgend zu behandelnden Theorien zur Begründung dieser Beweislastverteilung sie im einzelnen vertreten[27].

---

23) Anders Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, s.u., S. 7o ff., und Frossard, s.u., S. 67 f., wonach Haftung aus der Verletzung einer obligation de résultat Haftung ohne faute ist, was bedeutet, dass aus der Feststellung einer obligation als de résultat das Einstehenmüssen für den Erfolgseintritt ohne die Möglichkeit einer Entlastung durch Nachweis fehlender faute folgt

24) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, befasst sich auf S. 116, vorletzter und letzter Absatz, und S. 117, erster Absatz, wenn auch nicht ganz deutlich, mit den beiden denkbaren Aspekten einer auf Leistungserfolg gehenden Verpflichtung

25) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 119

26) Zur Frage, wer die inexécution, d.h. die von der Frage der faute (Pflichtwidrigkeit) zu trennende Tatsache des Misslingens oder des Eintretens eines Schadensereignisses, nachzuweisen hat, su., S. 68, Fn. 9; 71, Fn. 33; 74, Fn. 53

Die Cour de cassation formulierte in einer der wenigen Entscheidungen, in denen sie sich zu Definitionen herabliess, die Beweislastkonsequenz (beschränkt auf die obligation de résultat) exakt folgendermassen

> "tout mandataire...rêpond au regard de son mandat de l'inexécution de l'obligation qu'il a contractée et du préjudice qui en est résulté pour le mandant, l'inexécution de l'obligation faisant présumer la faute du mandataire, hors cas fortuit." [28]

Wenn also in einem Fall der Geschädigte die faute des Schuldners nachweisen muss, im anderen nicht, dann bedeutet das, ausgehend von der bereits gegebenen Erläuterung des Begriffes der faute[29], verglichen mit den Begriffen des deutschen Rechts, dass der Geschädigte in einem Fall die Pflichtwidrigkeit des Schädigers im Sinne einer stark verobjektivierten Fahrlässigkeit, im anderen Fall aber nicht einmal objektive Pflichtwidrigkeit (sofern man nicht von einem rein erfolgsbezogenen Unrechtsbegriff ausgeht) nachzuweisen hat. Letzteres sei hier nochmals festgehalten im Gegensatz zu dem im deutschen Recht bisher nahezu uneingeschränkt geltenden Prinzip, dass der geschädigte Gläubiger jedenfalls die objektive Pflichtwidrigkeit des Schuldners immer nachzuweisen habe.[30]

III. Anwendungsbereich

1. Ausgehend von einer Antinomie der Deliktshaftungstatbestände in art. 1382, 1383 C.c. einerseits und art. 1384, 1385 C.c. andererseits, innerhalb derer die gleiche Erscheinung zu beobachten ist, dass, aus welchen Gründen auch immer, der Geschädigte im ersten Falle die faute des Schädigers nachweisen muss, nicht aber im zweiten[31], wird

---

27) vergl. Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, Bd. 1, S. 646, 647 - allerdings muss formal nach seiner Meinung auch bei verletzter obligation de résultat die faute durch den Gläubiger nachgewiesen werden, was jedoch daher rührt, dass er inexécution und faute identifiziert; Esmein, a.a.O., Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 648 ff., Nr. 12; S. 657, Nr. 16; Frossard, a.a.O., S. 107

28) Cass. soc., 30.11.1945 D. 1946. 155 mit Zustimmung Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 792, hinsichtlich der Formulierung - es ging um Haftung für Mängel im Kassenbestand, inwiefern die Obligation des Bediensteten ausnahmsweise de résultat ist (s.u. S.129); ähnlich präzise Cass. civ. 1./18.10.1954, D. 1955.81

29) s.o., S. 29 ff., 41

30) statt aller: Raape, Die Beweislast, AcP 147, 217 ff.; einschränkend jedoch neuerdings Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 283; Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für v. Hippel, S. 517 ff.

31) zu art. 1384, Abs. 1 C.c., s. o., S. 11, 12

die Frage gestellt, ob die Unterscheidung zwischen den obligations de résultat und den obligations de moyens ausserhalb des Vertragsrechts auch im Deliktsrecht Anwendung zu finden habe.
Die Rechtsprechung wendet die Unterscheidung und ihre Konsequenzen eindeutig nur im Bereich des Vertragshaftungsrechts an[32]; in der Lehre dagegen werden gegensätzliche Meinungen vertreten, wobei wohl die Verneinung der Anwendung für die Deliktshaftung als herrschend bezeichnet werden muss[33]. Während Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, [34] die Unterscheidung als auch das Deliktsrecht beherrschend ansehen[35], anerkennen Mazeaud, Responsabilité, 6. Auflage[36], nur noch eine starke Ähnlichkeit der Situationen in Vertragsrecht einerseits und Deliktsrecht andererseits, lehnen aber die volle Gleichstellung und damit die Verwendbarkeit der Unterscheidung im Deliktsrecht ab, da ein Unterschied bestehe zwischen einer Bindung von Vertragspartnern durch obligations und der Bindung von Dritten vor Schädigung durch devoirs. Selbst diejenigen Autoren, die die Unterscheidung gleichermassen im Deliktsrecht anerkennen[37], begründen dafür die Unterscheidung und ihre Folgen ausschliesslich mit dem Hinweis auf das vom Gesetzgeber Bestimmte und Gewollte und nicht unter Verwendung der einzelnen Gründe und Merkmale, die im Vertragsrecht für die Unterscheidung gegeben werden.
Es dürfte der Meinung der Vorzug zu geben sein, die nur Ähnlichkeit der Situationen annimmt, weil ein ganz wesentlicher Begründungsfaktor für die Unterscheidung aus dem Vertragsrecht im Bereiche des Deliktsrechts wegfällt, woraus erhellt, dass zwar die Differenzierung äusserlich im Deliktsrecht gleichfalls anzutreffen sein mag, dass sie aber dort aus anderen Quellen fliesst: die Unterscheidung sowohl als auch ihre Folgen im Vertragsrecht beruhen zumindest mit auf dem Grundsatz pacta sunt servanda[38] [39].

---

[32] Frossard, a.a.O., S. 29

[33] Frossard, a.a.O., S. 12, Nr. 2o

[34] Bd.1, S. 11o

[35] ebenso Frossard, a.a.O., S. 39; H. Mazeaud, a.a.O., Rev. tr. dr. civ. 1936, S. 31

[36] Bd. 1, S. 129; Hinweis auf weitere Meinungen, die die Anwendbarkeit der Unterscheidung im Deliktsrecht ablehnen, S. 127, Fn. 1; Überblick über die verschiedenen Meinungen bei Frossard, S. 33-4o

[37] Frossard, a.a.O., S. 167; Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, Bd. 1, S. 1o9, 11o

[38] Frossard, a.a.O., S. 167, und Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, 1947, S. 277, die beide gleichwohl die Unterscheidung auf das Deliktsrecht ausdehnen, ohne zu erklären, in-wiefern die Anwendung im Deliktsrecht wesensgleich mit der im Vertragsrecht ist obwohl sie ersterenfalls lediglich Ausfluss gesetzlicher Vorschriften ist; ferner Mazeaud, Responsabilité, wie Fn. 36

2. Innerhalb desselben Vertragsverhältnisses kann eine Partei sowohl obligations de résultat als auch obligations des moyens unterliegen, wie das Beispiel des Arztes zeigt, der de moyens verpflichtet ist hinsichtlich der Heilung und Behandlung des Kranken, aber de résultat verpflichtet sein kann, zum Kranken zu kommen oder überhaupt die Behandlung vorzunehmen[4o]; der Arbeitnehmer hat regelmässig nur Leistungshandlungspflichten, aber die Pflicht, am Arbeitsplatz zu erscheinen, ist de résultat[41]; der Schleppliftunternehmer hat einen Leistungserfolg zu erbringen, in-dem er den Skifahrer befördert, seine obligation de sécurité gegenüber letzterem ist de moyens.[42]

Abstrakt übereinstimmende Vertragspflichten innerhalb desselben Vertragstyps können je nach den Umständen des konkreten Schuldverhältnisses einmal de résultat, das andere Mal de moyens sein. So kann die Reparatur eines KFZ - normalerweise obligation de résultat - in Sonderfällen (beispielsweise bei provisorischer Reparatur wegen Eilbedürftigkeit) einmal nur de moyens sein;[43] die Pflicht, eine bestimmte Sache schadensfrei zu verwahren - grundsätzlich obligation de résultat - kann unter besonderen Umständen de moyens sein, beispielsweise, wenn ein Verwahrungsvertrag angesichts von Kriegsrisiken oder über leicht verderbliche Ware abgeschlossen wird;[44] Dienstpflichten, normalerweise de moyens, sind unter Umständen auf einen bestimmten Akt gerichtet und dann de résultat;[45] während regelmässig die Pflicht des Verkäufers zur Verschaffung der verkauften Sache de résultat ist, kann sie ausnahmsweise de moyens sein, wenn, beiden Vertragspartnern bekannt, eine dem Verkäufer nicht gehörige Sache verkauft wurde[46].

39) für das deutsche Recht befürwortet gleiche Beweislastverteilung (nach Gefahrenbereichen) in Vertrags- und Deliktsrecht Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 65 f., und Versicherungsrecht, 1964, S. 9o1 ff.; dagegen Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für v. Hippel, S. 556; Blomeyer, Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozess, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags 1966, Bd. I, 2 A, S. 8,9; Hauss, NJW 67, 97o; Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 285

4o) siehe oben, S. 6, Fn. 1o; vergl. o., S. 62, dazu, dass vom Erfüllungsaspekt her jeder auch an sich nicht erfolgsgerichteten Betätigungspflicht ein Erfolgselement hinsichtlich des überhaupt Tätigwerdens innewohnt;
zutreffend Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 542

41) Frossard, La distinction, S. 234

42) s.u. S. 93

43) Civ. 1./16.5.196o D, 196o, 237 mit Anmerkung Tunc;

44) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, 825

45) Frossard, a.a.O., S. 235; Cass. soc. 3o.11.1945 D. 1946.I.155 - Pflicht eines Geschäftsführers, den Waren- und Kassenbestand zu erhalt

§ 2 Die Begründung der verschiedenen Beweislastverteilung als Folge oder im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens.

Die Tatsache, dass die französische Rechtsprechung mit überwiegender Zustimmung der Lehre die Beweislast für faute des Schuldners automatisch danach verteilt, ob im konkreten Fall die Verletzung einer obligation de résultat oder einer obligation de moyens als Schadensursache in Betracht kommt, kann, selbst, wenn die Kriterien der Zuordnung zu obligation de résultat oder de moyens im Einzelfall bekannt sind,[1)] nicht zur Beantwortung der Frage genügen, ob die Unterscheidung oder deren Beweislastkonsequenz für das entsprechende Beweislastproblem bei positiven Vertragsverletzungen im deutschen Recht Lösungshinweise gibt. Vielmehr muss geklärt werden, was der Grund der verschiedenen Beweislastverteilung ist.

Die von der französischen Lehre gegebenen Begründungen sind keineswegs einheitlich. Man kann im wesentlichen vier Theorien unterscheiden, die sich im Rahmen einer Begründung alle zu zwei ganz bestimmten wesentlichen Gesichtspunkten äussern; diese Gesichtspunkte sind:

im Falle der obligation de résultat die Frage nach dem Verhältnis von inexécution und faute, anders ausgedrückt, nach dem Ausmass, in dem der Schuldner für den Leistungserfolg (i.S. des Erfüllungsaspektes) einzustehen hat (Einstandsaspekt);

die Frage, ob die verschiedene Beweislastverteilung eine unmittelbare oder mittelbare Folge des möglichen verschiedenen Inhalts der verletzbaren Pflichten oder von davon unabhängigen Beweislastgrundsätzen ist.

Die Darstellung der vier verschiedenen Theorien von Frossard, H. und L. Mazeaud, Esmein und Mazeaud/Tunc ist deswegen erforderlich, weil anscheinend bisher keine herrschend geworden ist und weil jede wesentliche Erwägungen beisteuert.

I. Die Theorie von Frossard

Ausgehend[2)] von einem im absoluten Sinne von irrésistibilité, irrévisibili-

---

46) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 123; für das deutsche Recht im Gegensatz zur h.L., die unbedingtes Einstehenmüssen annimmt, differenzierend Esser, Schuldrecht, S. 24, 25

1) dazu nachfolgend § 3

2) Frossard, La distinction, S. 6,7,9

té und externité[3] verstandenen Begriff der force majeure setzt für Frossard der Nachweis von force majeure mehr als den blossen Nachweis fehlender faute voraus, nämlich in etwa den Nachweis eines im Sinn des deutschen Rechts unabwendbaren Ereignisses[4]. Desweiteren ausgehend von art. 1147, 1148 C.c., wonach sich der Schuldner bei feststehender inexécution von der Haftung textgemäss nur bei Nachweis von force majeure befreien kann, sieht Frossard in jedem Falle der Verletzung einer obligation de résultat eine Haftung, die nicht mehr faute voraussetzt, eine "responsabilité objective"[5]. Nach Frossard hat also der Schuldner bei der obligation de résultat für den Leistungserfolg auch einzustehen[6]; genauer gesagt: der Schuldner hat für den Erfolgseintritt einzustehen bis zum Nachweis absolut verstandener höherer Gewalt. Anders als H. und L. Mazeaud[7] stellt Frossard ausdrücklich fest, dass faute bei Verletzung einer obligation de résultat nicht Tatbestandsmerkmal der Anspruchsgrundlage ist.

Hieraus folgt ohne weiteres, dass der durch Verletzung einer obligation de résultat geschädigte Gläubiger die faute des Schuldners nicht nachzuweisen braucht, weil "ce qui fait n'a pas à exister pour qu'une règle juridique soit déclarée applicable, il va de soi qu'il ne pas à être prouvé".[8]

Diese Beweislastverteilung, genau gesagt dieses Beweisthema, im Falle der Verletzung einer obligation de résultat[9] ist also lediglich die unmittelbare Folge des beschriebenen Inhalts dieser Art von obligation[10]. Bei Verletzung einer obligation de moyens bleibt es dabei, dass der Schuldner nur bei bewiesener faute haftet.[11]

Ob eine obligation de résultat oder eine obligation de moyens vorliegt, unterscheidet Frossard danach, ob der Schuldner eine "prestation"[12] déterminée" - dann de résultat - oder eine "prestation indéterminée"-dann de moyens - versprochen hat. Der Grund dafür, dass bei Verpflichtung zu eine

---

3) siehe oben, S. 35 f.

4) Frossard, a.a.O., S. 8, begründet das mit den oben S. 39, Fn. 81, erwähnten Entscheidungen, die bei auf nicht erkennbaren Mängeln der vom Schuldner zur Vertragserfüllung verwendeten Sache beruhenden Schäden keine Entlastung zulassen, sowie damit, dass wenn die Unaufklärbarkeit der Schadensursache zu Lasten des Schuldners gehe, dieser in manchen Fällen hafte, obwohl er in Wahrheit keine faute begangen hat

5) Frossard, a.a.O., S. 9 - 11

6) Verstanden im Sinne Viscahers, oben S. 62, d.h., dass Nachweis "fehlenden Verschuldens" nicht befreit

7) siehe nachstehend II.

8) Frossard, a.a.O., S. 107, Nr. 197

9) die inexécution ist vom Gläubiger zu beweisen: Frossard, a.a.O., S. 105

10) ob es richtig ist, den Gläubiger bei Verletzung einer obligation de moyens die faute des Schuldners nachweisen zu lassen, untersucht Frossard a.a.O., S. 105, 106 ausserdem gesondert

"prestation déterminée" der Schuldner für das Erbringen dieser Leistung (bis zum Nachweis von force majeure) einzustehen habe, sei insbesondere in der Regel pacta sunt servanda zu suchen;[13] Trossard folgert also ohne weiteres aus der unter der Erfüllungsaspekt auf Leistungserfolg gehenden Pflicht die Einstandspflicht.

Die Theorie weist folgende Schwäche auf: Sie gibt ausdrücklich vor,[14] es bestehe ein Unterschied zwischen "obligation déterminée" (identisch mit obligation de résultat, siehe oben § 1, I.)[15] und "prestation déterminée"[16]. Ein Unterschied ist jedoch bei näherer Betrachtung in Wahrheit nicht festzustellen: Trossard bezeichnet durch "prestation déterminée" ebenso wie der Ausdruck "obligation de résultat"[17] den erfolgsbestimmten Inhalt der Obligation; das angebliche Unterscheidungsmerkmal der prestation déterminée oder indéterminée vermag also nicht zu bestimmen, wann eigentlich eine obligation de résultat oder de moyens vorliegt, d.h. als von den Parteien gewollt anzusehen ist, sondern bezeichnet, wie "obligation déterminée" nur das Ergebnis der Willensbildung anhand anderer Kriterien.[18]

Die Theorie scheint andererseits folgenden wesentlichen Verdienst zu haben: Sie macht klar, dass, abgesehen von gesetzlicher Regelung für den Fall des Deliktsrechts, der Parteiwille massgebend ist für die Beweislastverteilung, indem dieser das Ausmass der Einstandspflicht regelt. Wenn auch nach Meinung von Trossard die Einstandsschuld bei der obligation de résultat so weit geht, dass fehlende faute bei feststehender Vertragsverletzung nicht zur Entlastung führen kann, so lässt das doch bereits erkennen, dass der entscheidende Gesichtspunkt das Mass der Einstandspflicht sein muss. Nichts steht nämlich, wenn man dem Gedanken der Haftung ohne faute nicht folgen will, entgegen anzunehmen, dass unter bestimmten Umständen, die anerkanntermeise zur Bildung einer obligation de résultat führen[19], eine geringere Einstandspflicht

---

11) Trossard, a.a.O., S. 108

12) prestation ist mit "Leistung" zu übersetzen; Doucet, Wörterbuch der deutschen und französischen Rechtssprache, Teil I, 1960, S. 270

13) Trossard, a.a.O., S. 167; anders für das Deliktsrecht: entscheidend der Gesetzeswille

14) Trossard, a.a.O., S. 10, gegenüber der Terminologie von Mazeaud

15) zu übersetzen mit "bestimmte Verpflichtung"

16) zu übersetzen mit "bestimmte Leistung"

17) vergl. Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 116:...résultat l'objet direct de l'obligation"

18) [illegible] Unterschied unerheblich "prestation déterminée" oder "indéterminée" [illegible], Vorwort S. VII zu Trossard, [illegible] distinction

19) [illegible] Trossard in Wahrheit nicht [illegible]

in dem Sinne aus dem Vertrag fliesst, dass der Schuldner bei feststehender inexécution oder exécution défectueuse jedenfalls den Entlastungsbeweis fehlender faute zu führen hat[20]. Auch im deutschen Recht wird, mehr oder weniger deutlich, angenommen, dass die Beweislastverteilung gemäss §§ 282, 285 BGB (jedenfalls auch) Ausfluss der vertraglichen Vereinbarung sei.

II. Die Theorie von H. und L. Mazeaud[21]

Jede inexécution einer Verbindlichkeit, gleich ob de résultat oder de moyens, ist nach dieser Meinung per se faute[22]. Das ist nichts besonderes hinsichtlich der obligation de moyens, bei der definitionsgemäss erfüllt wird durch blosses sorgfältiges Leistungsverhalten im Hinblick auf das von den Vertragspartnern ins Auge gefasste Ziel; Vertragsverletzung (inexécution) setzt demgemäss die Feststellung von imprudence ou négligence des Schuldners, also von faute[23], voraus[24]. Bei den obligations de résultat dagegen wird nur erfüllt durch Erbringung des zum "objet direct" der Verbindlichkeit gemachten Leistungserfolges[25] inexécution liegt daher immer schon vor, wenn der versprochene Erfolg ausbleibt, beispielsweise die verwahrte Sache nicht oder beschädigt zurückgegeben wird oder der Fahrgast beim Transport verletzt wird, ohne dass die Feststellung zu erfolgen braucht, dass sich der Schuldner unsorgsam verhalten hat[26]. Gleichwohl stelle auch die inexécution einer obligation de résultat immer faute - "faute réalisée"[27] - dar, der gegenüber sich der Schuldner nur durch den Nachweis von im absoluten Sinne aufgefasster[28] force majeure befreien könne .

---

20) Esser, Schuldrecht, S. 213, Nr. 11("....ein Stück Gewährleistungshaftung...in der Beweislast des Schuldners für die Behauptung, dass sein Unvermögen zur Leistung auf einem befreienden Umstand beruht"); Blomeyer, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, S. 8; Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 285, 286; Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, S. 152; Raape, Die Beweislast, AcP 147, S. 222, 242; Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, S. 161; Heinrich Stoll, Abschied, AcP 136, 312; a.A. Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess S. 76-78

21) Responsabilité, 4. Auflage; H. Mazeaud, Essai de classification des obligations, Rev. trim. dr. civ. 1936, S. 1 ff.; im Gegensatz zur 6. Auflage ist die 4. Auflage noch nicht von Tunc bearbeitet; die 4. Auflage, Bd. 1, S. 61o,Nr. 695, Fussnote 1, lehnt die Meinung von Tunc - nachstehend III. - noch ausdrücklich ab.

22) Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, Bd. 1, S. 618 - 621; S. 62o: "inexécution et faute sont ici comme dans la première situation (gemeint: bei obligation de résultat einerseits ebenso wie bei obligation de moyens andererseits) expressions synonymes"

23) siehe oben, S. 32

24) Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, Bd. 1, S. 621

25) s.o., S. 6o f.

26) Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, Bd. 1, S. 622

27) Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, Bd. 1, S. 619

28) Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, Bd.1, S. 611, nr. 659, Fn. 1

Faute als Anspruchsvoraussetzung wird dementsprechend ausdrücklich aufrecht erhalten;[29] bezüglich der obligation de résultat geschieht das durch eine Scheinbegründung, die in den pauschalen Urteil gipfelt, dass eben der "debiteur avisé" erfüllt haben würde[30]. In Wahrheit hat damit der Schuldner, ähnlich wie nach der Theorie Frossards, für das Nichteintreten des Leistungserfolges (bis zur Grenze von force majeure) einzustehen[31]. Ausgehend von art. 1147 C.c. als zentraler Haftungs- und Enthaftungsvorschrift und gleichermassen gültig für obligation de résultat wie für obligation de moyens[32] sowie von dem sich aus dieser gesetzlichen Regelung ergebenden Grundsatz, dass der Gläubiger immer, aber auch nur Vertragsverletzung (inexécution) nachzuweisen habe[33], folgt aus den beschriebenen verschiedenen inexécution- Tatbeständen bei obligation de moyens einerseits und obligation de résultat andererseits, dass der Gläubiger im ersten Falle einen Sorgfaltsmangel (faute), im zweiten Falle einen solchen nicht nachzuweisen braucht. Dabei wird betont, dass eine Verschiedenheit der Beweislastverteilung nicht vorliege, sondern eine Verschiedenheit der zu beweisenden Tatbestände der inexécution[34] also als, wie bei der Theorie von Frossard, einer unmittelbaren Folge der den beiden unterschiedenen Obligationen innewohnenden verschiedenartigen Einstandspflichten.[35]

Das Positivum dieser Theorie liegt, wie bei der von Frossard, in dem aus ihr zu entnehmenden Hinweis, dass die verschiedene Beweislastverteilung (angesichts dieser Theorie genau gesagt: die verschiedenen Beweisthemen) letztlich auf dem Parteiwillen, der den Inhalt der Verbindlichkeiten entsprechend gewissen Umständen verschieden bestimmt, beruht. Besser als Frossard zeigt diese Theorie, dass der Bestimmung des Pflichteninhalts noch bestimmte Sachverhaltsumstände als Zuordnungs-

---

29) Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, Bd. 1, S. 616

30) Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, Bd. 1, S. 620, 669 - 3

31) Frossard, La distinction, S. 3, Nr. 6; Mazeaud, Responsabilité, 6. Auflage, Bd. 1, S. 702, Fn. 7; Esmein, Etudes offertes à Ripert a.a.O., S. 103; Esmein a.a.O. Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 636 oben.

32) H. Mazeaud, a.a.O., Rev. trim. dr. civ. 1936, S. 50

33) Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, Bd. 1, S. 645 unten, S. 649: art. 1315 Abs. 2 C.c. ist nur auf Erfüllungsklagen, nicht aber auf Schadensersatzklagen anwendbar.

34) Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, Bd.1, S. 646, 647

35) ebenso übrigens schon Demogue, Traité des obligations, Bd. 5, S. 543; wahrscheinlich ebenso Carbonnier, Théorie des obligations, S. 272

kriterien vorgeschaltet sind[36].

III. Die Theorie von Esmein

Für Esmein sind inexécution und faute eindeutig zu trennen; beide sind kumulativ Tatbestandsmerkmale der responsabilité[37]. Esmein hält die Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens zumindest für unscharf, weil jede Verbindlichkeit, wenn sie eine solche sein wolle, ein gewisses Resultat zum Gegenstand habe[38]. Daher könne die Unterscheidung, solange man nicht in den Fällen [illegible] die Einstandspflicht als erweitert ansehe und somit das Tatbestandsmerkmal faute aufgebe, nicht zur Lösung der Frage [illegible] bei feststehender Vertragsverletzung (inexécution) [illegible] des Schuldners oder ob der Schuldner nachweise, keine faute begangen habe[39]. Vielmehr ergebe ausschließlich eine Abwägung der Prinzipien, die gesetzlicher [illegible] entspreche, [illegible] Vorschrift [illegible] Grundsatz [illegible] Interpretation [illegible] Feststellung [illegible] Gläubiger nicht noch die faute des Schuldners dartun, sondern sich dieser durch den Nachweis fehlender faute entlasten müsse[40]. Als zugrunde liegende Prinzipien nennt Esmein[41] das der "meilleure aptitude de la preuve" sowie das der "considération du plerumque fit e d'un raisonnement de probabilité": wenn die Nichterfüllung feststehe, müsse aufgrund einer Wahrscheinlichkeitserwägung vermutet werden, dass sie auf eine faute des Schuldners zurückgehe, weil in den meisten Fällen dieser seine Verpflichtungen zu erfüllen in der Lage sei; ausserdem sei der Schuldner, da es sich um seine Tätigkeit handele, am besten in der Lage, die Ursachen eines Misserfolges aufzuklären[42]. Beide Prinzipien

---

36) als Unterscheidungsmerkmal wird das Risiko für den Schuldner hinsichtlich des Erreichens des ins Auge gefassten Vertragszieles, ebenso wie von der heute h.M. (s.u., § 3), verwendet

37) siehe oben, S. 29

38) a.a.O. Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 633; dabei dürfte übersehen sein, dass dieses Erfolgselement bei den obligations de moyens insofern gar nicht bestritten wird, als es um das Erbringen des Leistungshandelns überhaupt geht - s.o., S. 60

39) Esmein, a.a.O. Rev. trim. 1933, S. 657,658; Etudes offertes à Ripert a.a.O., S. 110: "s'ils sont traité différemment (erg.: Arzt und Transportunternehmer)...les raisons ne se trouvent pas dans le fait que leurs obligations seraient, par leur nature, d'un type différent"

40) Esmein, a.a.O., Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 649, 650

41) Esmein, a.a.O., Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 644, 646, 649

sind aus dem deutschen Recht anlässlich der Erörterungen darüber, was zu der Regelung des § 282 BGB geführt habe, und ob diese auch auf positive Vertragsverletzung anzuwenden sei, bekannt.[43]
In bestimmten Fällen müsse aber eine Ausnahme von der allgemeinen Regel (art. 1147 C.c.) gemacht werden, weil die der Regel zugrunde liegenden Erwägungen des plerumque fit und der meilleure aptitude de la preuve bei mit Risiken belasteten [44] Vorhaben nicht zuträfen; in diesen Fällen habe ein Nichterreichen des Vertragsziels mehr die Wahrscheinlichkeit einer faute des Schuldners als Ursache für sich.[45] [46]

Im Ergebnis - und das ist festzuhalten - kommt Esmein zu den gleichen Beweisthemen und Beweislastverteilungen wie die herrschende Meinung, insbesondere unter den gleichen Sachverhaltsumständen, die sonst zur Annahme einer obligation de moyens führen, zu einer Beweislast des Gläubigers für die faute des Schuldners, jedoch völlig ohne Verwendung der Unterscheidung, die Gegenstand dieser Arbeit ist; wie die Rechtsprechung zeigt,

---

42) Esmein, a.a.O., Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 649

43) Raape, Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung, AcP 147, 217 ff., S. 222: Beweisnotstand des Gläubigers, für den die Lebensverhältnisse des Schuldners mehr oder minder undurchsichtig sind;
Flomeyer, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, 1966, Bd. I, 2 A, S. 8: Der Schuldner hat es leichter, den Entlastungsbeweis zu erbringen, weil die Hindernisse normalerweise aus seiner Sphäre herrühren;
Weißner, Die Beweislast bei positiver Forderungsverletzung, 1938, S. 111, 112: bei eingetretener Unmöglichkeit ist das Verschulden des Schuldners regelmässig zu vermuten;
Esser, Schuldrecht, S. 213: unzutreffend die Wahrscheinlichkeitsüberlegung, dass eine solche Leistungsstörung regelmässig nicht ohne Verschulden eintreten könne (dagegen auch Raape, a.a.O.);
Wainmüller, Der Anscheinsbeweis,1966, S. 152: Gläubiger mit regelmässig beschränktem Einblick in die Verhältnisse des Schuldners;
Prölss, Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, Versicherungsrecht 1964, 901 ff., 193 und Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 75: Beweisnotstand des Gläubigers und grössere Möglichkeiten des Schuldners zum Beweis

44) Esmein benützt das Kriterium des aléa wie die herrschende Meinung (s. u. 5. Kapitel, § 1)

45) a.a.O., Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 659; a.a.O. Etudes offertes à Ripert, S. 111; Esmein erwägt Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 659, ob in diesen Fällen nicht eine Vereinbarung über die veränderte Beweislast anzunehmen sei, verneint das aber, weil die Parteien daran in Wahrheit nicht gedacht hätten;

46) vergl. auch Planiol-Ripert-Esmein, Traité pratique de droit civil francais, 2. Auflage,1952, Bd. VI, 1, S. 492-496

stimmt Esmein deswegen in der Begründung nicht mit der herrschenden Meinung überein.

IV. Die Theorie von Mazeaud - Tunc[47)]

Diese Theorie trennt gleichfalls klar zwischen inexécution und faute[48)] so dass für sie die obligation de résultat eine auf den Leistungserfolg gerichtete Pflicht nur vom Erfüllungsaspekt her ist. Im Gegensatz zu Esmein wird aber, in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung, die Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens sowie deren Bedeutung für die Verteilung der Beweislast anerkannt:[49)]

"La distinction...determine le fardeau de la charge de la preuve."

Der Code civil habe ursprünglich nur die obligation de résultat im Auge gehabt,[5o)] gegenüber welcher die obligation de moyens eine von Rechtsprechung und Lehre entwickelte Ausnahme darstelle[51)]. Für die obligation de résultat ergeben, so Mazeaud-Tunc, die artt. 1315[52)], Abs. 2, und 1147 C.c. die Regelung der Beweislastverteilung des Inhalts, dass bei feststehender inexécution[53)] (Ausbleiben des versprochenen Leistungserfolges, bei obligation de sécurité Eintritt eines Schadensereignisses) die faute des Schuldners vermutet sei[54)]. Diese Regel beruhe auf der Erwägung, dass der Schuldner die "meilleure aptitude de la preuve" habe, sowie auf der, die Nicht- oder Schlechterfüllung gehe unter den Umständen, die für die Annahme einer obligation de résultat sprechen

---

47) Mazeaud, Responsabilité, 6. Auflage; Tunc, La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, ICP 1945.I 449

48) siehe oben, S. 29

49) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 116, insbes. Fn. 2; 119

5o) ebenso Sainctelette, De la responsabilité et de la garantie, 1884, S. 28 ff., S. 33, S. 5o - 52

51) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 116 Fn. 2; 117, 779, 784

52) art. 1315 C.c. lautet: "Celui qui réclame l' exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation."

53) Bereits die inexécution wird nach Ansicht von Mazeaud, Responsabilité Bd. 1, S. 78o, 785 gem. Art. 1315 Abs. 2 C.c. vermutet ausser bei Unterlassungspflichten; S. 785 scheinen Mazeaud-Tunc jedoch der Meinung zuzuneigen, dass jedenfalls für mangelhafte Erfüllung (im Gegensatz zu Nichterfüllung) der Gläubiger die Beweislast habe

54) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 781, 782, 784; Tunc a.a.O. ICP, 1945.I. 449 Nr. 22

nämlich erhebliche Risiken hinsichtlich des Erreichens des Leistungs-
rfolges[55], aller Wahrscheinlichkeit nach auf eine faute des Schuld-
ers zurück[56]; diese Regel stelle eine Ausnahme von dem allgemeineren
rundsatz dar, dass jeder Kläger die tatsächlichen Voraussetzungen eines
eden anspruchsbegründenden Elements seiner Klage zu beweisen hat[57].

ür den Fall der Verletzung einer obligation de moyens, was - im Gegen-
atz zur inexécution einer obligation de résultat ("inexécution matériel-
e") - nur durch Eingehen auf die dem Schuldner obliegende diligence
estzustellen ist[58], muss dagegen - so Mazeaud-Tunc - eine Ausnahme
on der sich aus artt. 1315, Abs. 2, 1147 C.c. ergebenden Regel gemacht und
um allgemeineren erwähnten Grundsatz zurückgekehrt werden, dass der
läubiger die faute des Schuldners als anspruchsbegründendes Tatbestands-
erkmal nachzuweisen hat. Ähnlich wie von Esmein wird das damit begründet,
ass die Erwägungen der grösseren Beweisführungsmöglichkeiten des Schuld-
ers und der Wahrscheinlichkeit von dessen faute bei Nichterreichen des
ns Auge gefassten Vertragszieles wegen der risikobeladenen Natur des
ertragsgegenständlichen Vorhabens, welche die Annahme einer obligation
e moyens erst begründen, nicht mehr zuträfen[59].

ngesichts der Begründung,die Mazeaud für die verschiedenen Beweislasten
ibt, müssen Zweifel[60] entstehen, ob die Art der verletzten Verpflich-
ung wirklich die Ursache oder ob sie nur Indiz für die Beweislastver-
eilung ist, obwohl das "intérêt fondamental de la distinction (erg.:
wischen obligation de résultat und de moyens) dans une répartition
ifférente du fardeau de la preuve" liegen soll[61]. Es scheint, als
b Mazeaud-Tunc den Widerspruch dieser Ausgangsbehauptung zu ihrer Be-
ründung nicht sehen. Der Widerspruch liegt darin, dass zwar bestimmte

---

5) s.u. 5. Kapitel, § 1

6) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 781; es werden also Prinzipien herangezogen, die mit den von Esmein angegebenen übereinstimmen

7) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 784, 779; der gleiche allgemeinere Grundsatz gilt im deutschen Recht: Blomeyer, Gutachten zum 46. Deutschen Juristentag, 1966, Bd. I, 2 A, S. 5, mit weiteren Nachweisen

8) Mazeaud, Responsabilité, S. 785, 791

9) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 117, 783, 784; beispielsweise könne es für den Arzt angesichts der generellen Risiken einer Heilbehandlung genau so schwierig sein, sich zu entlasten, wie für den Patienten, den Sorgfaltsverstoss zu beweisen (so für das deutsche Recht auch Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, 1966, S. 158); für den Fall gerade der Arzthaftung geht aber die Gleichstellung von Beweisschwierigkeiten von Arzt und Patient an den Realitäten wohl vorbei: ersterer ist praktisch erheblich im Vorteil

0) so ausdrücklich Frossard, La distinction, S. 107, oben

1) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 116, Fn. 2

Sachverhaltsumstände, nämlich das bestehende oder fehlende Risiko für den Schuldner hinsichtlich der Erreichung des Vertragszieles, die sogenannten Kriterien der Unterscheidung[62], einmal für die Annahme einer obligation de moyens sprechen sollen, dass jene aber auch unmittelbar d.h. ohne dass es einer Zwischenschaltung der verschiedenen Obligationsinhalte bedürfte, die allgemeinen Beweislastverteilungsprinzipien anzusprechen und deswegen eine verschiedene Beweislastverteilung zu begründen in der Lage sein sollen.[63]

Mazeaud-Tunc formulieren folgendermassen[64]: "Du fait même, en effet, que l'objet de l'obligation n'est plus un résultat - considéré a priori comme l'équivalent d'une diligence - mais une diligence passage essentiellement insaisible, toute la justification du système précédent (erg.: betreffend Beweislast des Schuldners bei der obligation de résultat) s'écroule"[64]. Das könnte dafür sprechen, dass Mazeaud-Tunc zwar der Meinung sind, dass die obligation de résultat den Einstandsaspekt[65] in keiner Weise betrifft, dass aber die blosse Tatsache, dass vom Erfüllungsaspekt her ein Leistungserfolg in obligatione sei, den Wahrscheinlichkeitsschluss von der Nicht- oder Schlechterfüllung auf die faute ganz besonders naheliegend mache; so gesehen würde Mazeaud mittelbar über eine Vertiefung der Argumente aus den allgemeinen Beweislastverteilungsprinzipien den Inhalt der verletzten Pflicht zur Begründung der Beweislastverteilung verwenden.

Einen schwachen Anlauf zur Begründung der Beweislastverteilung als unmittelbarer Konsequenz des Pflichteninhalts machen Mazeaud-Tunc, indem sie ausführen[66], bei der obligation de résultat würden zwar die Parteien bewusst den Leistungserfolg und nicht die Sorgfalt des Schuldners vereinbaren, obwohl der Leistungserfolg ein Bemühen des Schuldners voraussetze, das in der Lebenswirklichkeit nicht unbedingt zum Ziele führen müsse; der Gerechtigkeit sei dieser Wirklichkeit gegenüber Genüge getan, wenn dem Schuldner die Möglichkeit offen stünde, sich durch den Nachweis fehlender faute zu entlasten[67]. Ob Mazeaud-Tunc damit

---

62) s.u., 5. Kapitel, § 1

63) wie auch die Theorie von Esmein zeigt

64) Responsabilité, Bd. 1, S. 783

65) siehe oben, S. 62

66) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 116 unten, S. 117 oben

67) Mazeaud, Responsabilité Bd. 1, S. 117: "il suffit pour éviter toute injustice, de présumer seulement que la non-obtention du résultat

wirklich einer Beweislastverteilung das Wort reden, die auf der Vereinbarung einer minderen Einstandspflicht in dem Sinne beruht, dass der Vertragswille bei den obligations de résultat selbst dem Schuldner die Last der Entlastung auferlegt, lässt sich nicht klären.

V. Ergebnis

Die Rechtsprechung, die, wie gesagt und wie auch das 4. Kapitel zeigen wird, die Verteilung der Beweislast für die faute des Schädigers bei vertraglichen Ersatzansprüchen unmittelbar und automatisch davon abhängig macht, ob eine obligation de résultat oder eine obligation de moyens verletzt ist, legt die Annahme nahe, dass der entscheidende Gesichtspunkt für die Beweislastverteilung der verschiedene Parteiwille ist, indem er entsprechend den Merkmalen der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens den Obligationsinhalt verschieden bestimmt.
Wie gezeigt, bestätigt die Theorie von Esmein diese Annahme sicher nicht. Andererseits ist diese Theorie nicht herrschend, da sie der Rechtsprechung jedenfalls insofern widerspricht, als sie die Unterscheidung obligation de résultat/de moyens nicht anerkennt.
Wie gleichfalls gezeigt wurde, folgt die Regel, dass bei der Verletzung einer obligation de résultat der Gläubiger die faute des Schuldners nicht beweisen muss, jedenfalls dann unmittelbar aus der Art der verletzten Pflicht, wenn Leistungserfolg Obligationsgegenstand nicht nur vom Erfüllungsaspekt, sondern auch vom Einstandsaspekt her ist (Frossard, H. und L. Mazeaud); sowohl zu Frossard als auch zu H. und L. Mazeaud ist zu bemerken, dass ihre Annahme einer Haftung ohne Voraussetzung von faute im Falle der Verletzung einer obligation de résultat nicht herrschende Meinung ist.
Wie ferner gezeigt, lässt sich aus der Begründung von Mazeaud-Tunc gleichfalls ein unmittelbares Einwirken des Schuldinhaltes auf die Beweislastverteilung mit einiger Sicherheit nicht entnehmen; wenn Mazeaud-Tunc auch in dieser Richtung teilweise weisen, dann bleiben sie letztlich doch auf halbem Wege stehen.

---

tient à une faute du débiteur, mais de lui permettre de faire tomber cette présomption...."

Wie schon angedeutet[68], muss doch gefragt werden, ob der - je nach de als Unterscheidungsmerkmalen anerkannten Sachverhaltsumständen - stil schweigend oder doch gemäss équité et usage dem Vertrag zu interpretierende Parteiwille mit der Bestimmung einer Obligation als de résultat unter Beibehaltung des Haftungsprinzipes für faute nicht wenigstens insofern auch den Einstandsaspekt der Verbindlichkeit beeinflusst, als damit geregelt wird, dass bei Nichterfüllung oder Schlechterfüllung die faute vermutet wird und der Schuldner den Entlastungsbeweis zu führen hat. Diesen Gedankengang hält selbst Esmein für möglich[69]: "On parlera peut-être de convention relative à la charge de la preuve. Une pareille convention est en effet licite. (Mai son existence est hypothétique)".

Leider - so muss gesagt werden - gibt, soweit ersichtlich, keine Theo diese Begründung, obwohl sie angesichts der Rechtsprechung: automatis Beweislastverteilung nach Feststellung, ob die verletzte Verbindlichkeit de résultat oder de moyens ist, sich geradezu aufdrängt.[70] Dies Begründung würde zwei gedankliche Operationen voraussetzen: Zunächst die, dass der Vertragspflichteninhalt, abgesehen von seltenen Fällen ausdrücklicher Vereinbarung, durch Auslegung und Ergänzung des Partei willens im Sinne de résultat oder de moyens bestimmt wird, wobei für die Ermittlung und Ergänzung des Parteiwillens die sogenannten Kriterien der Unterscheidung (siehe nachfolgend 5. Kapitel) massgebend sind ebenso wie auch sonst gem. artt. 1135, 1134 Abs. 3 C.c. der Inhalt des Vertrages als eines Ganzen (im Gegensatz zur hier in Betracht kommenden Bestimmung des Inhalts der einzelnen Vertragspflicht) ermittelt wird[71]. Ausserdem müsste, wie gesagt, die so vorgenommene Bestimmung des Pflichteninhalts sich nicht nur auf den Erfüllungsaspekt, sondern in gewissen Sinne der Beweislastverteilung auch auf den Einstandsaspekt erstrecken.

Daran, dass jedenfalls der erste gedankliche Schritt von französische Recht vorgenommen worden ist - und das ist hier festzuhalten -, kann kein Zweifel bestehen. Alle dargestellten Theorien, soweit sie die Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens

---

68) siehe oben, S. 69,7o,71

69) siehe oben, S. 73, Fn. 45; a.a.O., Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 65 ausgehend vom Normalfall des art. 1147 C.c. erwägt Esmein die vertragliche Beweislastverteilung freilich im Hinblick auf eine obligation de moyens bzw., da er die Unterscheidung moyens résultat ja ablehnt, im Hinblick auf die Sachverhaltsumstände, die von der herrschenden Meinung als Kriterium für eine obligation de moyens genommen werden

überhaupt anerkennen, gehen davon aus, der durch Auslegung oder Ergänzung aufgrund der Unterscheidungskriterien zu ermittelnde Parteiwille sei es, der eine Vertragspflicht zur obligation de résultat oder de moyens mache. Mazeaud/Tunc[72]:"Il est souvent difficile de préciser l'intention des parties sur le point de savoir si elles ont entendu créer quant à la sécurité de l'une d'elles, une obligation déterminée ou une obligation générale de prudence et de diligence"; H. u. L. Mazeaud:[73] "Sur le terrain contractuel, il s'agit de déceler l'intention des parties...A défaut de circonstances particulières permettant de découvrir cette volonté on peut se référer à la nature aléatoire du but poursuivi par le contrat"[74]. Ganz klar äussert sich in dieser Richtung auch Starck[75], der die Grundlage der Vertragshaftung nicht in der faute, sondern, ausgehend von der Regel pacta sunt servanda, in dem Einstandsversprechen des Schuldners sieht, das je nach den Umständen[76] verschiedene Intensitätsgrade erreichen könne (Einstehenmüssen nur für faute, Einstehenmüssen auch für unaufklärbare Schadensursachen bis zum Nachweis von force majeure, Einstehenmüssen auch für force majeure)[77].

§ 3 Hinweis zur nachfolgenden Vervollständigung der Darstellung von der Theorie der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens

Eine Darstellung der Theorie der Unterscheidung wäre unvollständig, wenn sie sich nicht mit den Sachverhaltsmerkmalen befassen würde, anhand derer bestimmt wird, ob obligation de résultat oder obligation de moyens vor-

---

70) Auch die Darstellung der Merkmale der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens durch das französische Schrifttum lässt keinen sicheren Schluss zu: s.u. S. 147-148; dort auch zur abschliessenden Meinung des Verfassers

71) s.o. S. 43,44

72) Responsabilité, 6. Auflage, Bd. 1, S. 199; ebenso S. 117, nr. 1o3-4

73) Responsabilité, 4. Auflage, Bd. 1, S. 1o9

74) Ebenso Frossard, La distinction, S. 17o; H. Mazeaud, a.a.O. Rev.trim. dr. civ. 1936, nr. 42-44, die zusätzlich die dispositiven Normen des Schuldrechts oder die "Natur" der Leistung (Frossard) heranziehen

75) Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, 1947, S. 277-279

76) die grösstenteils mit den herrschenden Kriterien der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und de moyens übereinstimmen: a.a.O. S. 279

77) Starck a.a.O. S. 278:"Si, dans l'hypothèse des obligations de moyens, l'idée de faute intervient, ce n'est pas en vertu de facteurs extérieurs au contrat mais parce que les parties... ont entendu limiter

liegt, hiermit im engen Zusammenhang ist das Verhältnis der obligation de résultat zu einer möglichen dritten Pflichtenkategorie, einer obligation de garantie hinsichtlich der Mängelfreiheit der zur Vertragserfüllung benutzten oder übergebenen Sachen, zu untersuchen.
Diese beiden Gesichtspunkte lassen sich nicht darstellen, ohne dass zuvor auf die Rechtsprechung zu obligation de résultat und obligation de moyens im einzelnen eingegangen wird: Einmal befasst sich die Rechtsprechung mit der Theorie der Unterscheidung nur, aber dafür um so ausführlicher, hinsichtlich der Unterscheidungskriterien[1]. Zum anderen lässt sich die Tragweite der Unterscheidung und ihrer Beweislastkonsequenzen zuverlässig erfassen nur anhand eines Überblicks über ihre Anwendung durch die Rechtsprechung, welche die Theorie in der praktischen Wirklichkeit erprobt[2]. Zum dritten: während sich bezüglich der Unterscheidungskriterien an sich eine als herrschend zu bezeichnende Theorie , die ihre Stütze in der Rechtsprechung findet, feststellen und darstellen lässt, besteht hinsichtlich der erwähnten obligation de garantie innerhalb der Lehrmeinungen keinerlei Einigkeit und hat die Rechtsprechung eine generelle Theorie diesbezüglich bisher nicht akzeptiert,so dass sie nur von Fall zu Fall zur Stützung der einen oder anderen Lehrmeinung herangezogen werden kann.

Das nachfolgende 4. Kapitel wird deswegen zunächst, von dem bisher gewonnenen dogmatischen Standpunkt aus, einen Rechtsprechungsüberblick anhand von Haftungsfällen aus verschiedenen vertraglichen Schuldverhältnissen geben[3]; im 5. Kapitel wird die Theorie der Unterscheidung hinsichtlich der beiden eingangs dieses Paragraphen genannten Fragen aufgrund des Rechtsprechungsüberblicks vervollständigt werden.

à l'absence de faute l'engagement du débiteur ....Il est plus important de se demander quels sont les facteurs qui déterminent la volonté des contractants dans l'aménagement du contenu des obligations contractuelles."

1) s.o., S. 58,59

2) L. Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für v. Hippel, 1967, S. 359,regt ausdrücklich eine Auswertung dieser Rechtsprechung im Hinblick auf das Problem der Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen an

3) vergl. den Einteilungshinweis oben,S. 57

4. Kapitel

Überblick über die Anwendung der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens in der Rechtsprechung

1 Bei Vertragshaftung wegen Verletzung von Nebenpflichten, insbesondere der obligation de sécurité im engen Sinn

I. Beförderungsvertrag

1. Personenbeförderung

eit der Entscheidung der Cour de cassation vom 21.11.1911[1] steht fast gewohnheitsrechtlich fest, dass den Transportunternehmer eine obligation de écurité résultat gegenüber dem Fahrgast, den er "conduire sain et sauf à estination" muss, trifft.[2] Diese obligation de sécurité déterminée gilt ei allen Arten von Beförderungsmitteln[3], wie Eisenbahn, Strassenbahn, Untergrundbahn, Schiffen[4], Taxi und Bus; die aus dem deutschen Recht bezüglich er meisten der erwähnten Transportmittel bekannten Gefährdungshaftungstatbestände fehlen[5].

ie Rechtsprechung gibt gerade im Falle des Transportvertrages keine Begründung mehr, warum eine obligation de résultat vorliegt; sie hatte von vornherein auch gar nie die Möglichkeit zu analysieren, ob es sich nicht vielleicht nur um eine einfache obligation de prudence et diligence handelt, weil sie von Anfang an das ausgesprochene Ziel verfolgte, dem Geschädigten durch Annahme von Vertragshaftung den Beweis der faute des Transportunternehmers zu ersparen[6], und weil, nachdem zwar die Anwendbarkeit des art. 384 C.c. Abs. 1 auf durch Transportmittel verursachte Schadensfälle mit der olge derselben Beweislasterleichterung im Prinzip anerkannt war, infolge es Grundsatzes des non cumul die Heranziehung dieses Deliktstatbestandes

---

1) s. o., S. 14, Fn. 34

2) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 196; Übersicht über die Rechtsprechung zur obligation de sécurité der Transportunternehmer bei Mazeaud, a.a.O., S. 194, Fn. 6; 197, Fn. 3; 199, nr. 155-2, Fn. 2; aus der neueren Rechtsprechung beispielsweise Cass. civ. 1./6.1o.64, D. 1965 21 ff. m. Anm. Esmein u. Anm. Rodière, Rev. trim. dr. civ. 1965, 364 (Blinder wird in der Station der Untergrundbahn von einfahrendem Zug erfasst und getötet, weil er zu nahe an die Schienen herangetreten war: "la présomption de responsabilité, pésant sur elle comme transporteur")

3) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 197/198, Fn. 3; Becqué, La protection, S. 37

4) beispielsweise Civ. 21.11.1911 oben, S. 14, Fn. 34 (Verletzung des Fahrgastes eines Passagierschiffes durch Herabstürzen einer Tonne)

5) siehe oben, S. 12, Fn. 26

6) siehe oben, S. 14; H. Mazeaud, Essai de classification des obligations, Rev. trim. dr. civ. 1936, S. 46

zugunsten des Geschädigten ausscheiden musste. Die im folgenden noch unter a), b), c) darzustellende besondere Schärfe dieser obligation de sécurité résultat erklärt sich zweifellos daraus, dass eine spezialgesetzliche Gefährdungshaftungsregelung fehlt. Die Autoren begründen die Natur der Verpflichtung als de résultat damit, dass das Risiko für den Schuldner das erstrebte Vertragsziel - hier: den Fahrgast unversehrt ans Fahrtziel zu bringen - zu erreichen, unwesentlich sei, und damit, dass ein Unfall während des Transportvorganges mit grösserer Wahrscheinlichkeit auf eine faute des Transportunternehmers als auf eine solche des Fahrgastes zurückzuführen sei, weil ersterer normalerweise während des Transportvorganges infolge seiner eingeschränkten Bewegungsfreiheit nur geringfügige Möglichkeiten besitze, den Schadensfall selbst zu verursachen[7].

Die deutsche Rechtsprechung stimmt hiermit bezüglich Formulierungen, Begründungen und Ergebnissen weitgehend überein[8]: Der Beförderungsunternehmer h "kraft seiner Vertragspflicht dafür zu sorgen, dass die zu befördernde Person wohlbehalten an den Bestimmungsort gelangt; wird sie unterwegs...körperlich verletzt, so hat....der Unternehmer...den Gegenbeweis zu führen, dass der schädliche Erfolg auf einer Ursache beruht, die er nicht zu vertreten hat"[8 a]; der Grund hierin wird darin gesehen, dass sich der Reisende während des Transportvorgangs" gewissermassen der Herrschafts- und Verfügungsmacht des Unternehmers überantwortet....und die Betriebstätigkeit über sich ergehen lassen muss[8 b]". Wenn auch vorgegeben wird, dass dem Fahrgast nur der Nachweis des "Verschuldens" des Beförderers abgenommen sei, so wird ihm in Wahrheit auch von der deutschen Rechtsprechung der Nachweis einer objektiven Pflichtwidrigkeit (Rechtswidrigkeit) mitunter erspart, wenn nur die Verletzung infolge des Beförderungsvorganges feststeht[8 c].

Folgende besonderen Gesichtspunkte der obligation de sécurité des Transportunternehmers sind zu vermerken:

a) Die Pflicht des Transportunternehmers, vom Erfüllungsaspekt her gesehen, geht nicht nur dahin, durch sein Handeln, den Beförderungsvorgang o

---

7) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 196,198; Anm. Esmein D 1964.359 zu Ci 1./12.1.1964;
eine andere Begründung gibt Rodière, Le régime légal de l'obligation de sécurité due par les transporteurs...ICP 1952.I.997 und Droit des transports, Bd. III/1, 196o, S. 62: Untrennbarkeit der Sicherungspflicht von der zweifelsfrei determinierten Transportpflicht als solcher; wiederum anders Frossard, La distinction, S. 134, der, wohl nicht zu Unrecht, darauf hinweist, dass doch ganz erhebliche Risiken hinsichtlich eines ungestörten Transports bestehen

8) vergl. RG 86,321 (Sturz auf Eisenbahngelände); RG JW 1937, 219o (Sturz a weiterfahrendem Zug); BGH 8,239 (Unfall bei nicht geschäftsmässiger Beförderung im LKW); BGH NJW 1959, 1366 (Unfall beim Verlassen eines Schi fes); BGH VersR 1962, 325 (Kind stürzt aus fahrendem Zuge); zustimmend Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 542-545; einschränkend Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 284; wegen Einschränkungen der deutschen Rechtsprechung im Vergleich mit der franz. s.u., S. 83, Fn. lo; S. 85, Fn. 25

8 a) BGH 8, 239,242; ebenso RG JW 1937,1937

8 b) RG 86,321,322

seine Betriebsmittel (Beförderungseinrichtungen) den Fahrgast während der Beförderung nicht zu verletzen, sondern dahin, wie gesagt, dafür zu sorgen, dass der Fahrgast gesund und munter das Fahrtziel erreicht[9]. Das hat zur Folge, dass der Fahrgast, um den blossen Tatbestand der Vertragsverletzung (inexécution-zu trennen von allen Fragen der Pflichtwidrigkeit oder faute) nachzuweisen, nur dartun muss, dass er während des Transports verletzt wurde, anders ausgedrückt: bei feststehender Verletzung des Fahrgastes während dieses Zeitraums wird vermutet, dass die Verletzung "beim Betriebe" des Beförderungsmittels erfolgt ist[10]. Grundsätzlich liegt inexécution daher auch vor, wenn der Fahrgast eine Herzattacke erlitt, die nicht mit irgendwelchen Betriebsvorgängen zusammenhing; der Transportunternehmer kann demgegenüber nur den üblichen Nachweis von cause étrangère erbringen[11]. Dass es sich bei dieser Frage nicht um ein Problem des Kausalzusammenhangs handelt, wie Raape[12] meint, sondern um eine Frage der Tragweite dieser obligation de sécurité, zeigen die Ausführungen von H. Mazeaud[13]; wenn nach der konkreten Definition der Sicherungspflicht der Transportunternehmer schlechthin verpflichtet ist, die Verletzung des Fahrgastes zu verhindern, dann handelt es sich um eine Vertragsverletzung durch Unterlassung, welch letztere niemals durch den Gesichtspunkt der Kausalität als erheblich oder nicht erheblich qualifiziert werden kann, sondern nur durch die Feststellung einer entsprechenden Rechtspflicht zur Erfolgsverhinderung[14].

b) Äusserst streitig ist die Frage, ob die obligation de sécurité résultat auf den Transportvorgang ("le déplacement"[15]) beschränkt ist oder alle Unfälle in örtlichem und zeitlichem Zusammenhang mit der eigent-

---

8 c) So durch BGH 8,239; dazu Larenz, Schuldrecht, Bd.1,S. 284,285;widersprüchlich Raape, Die Beweislast, AcP 147, S. 267 oben gegenüber S. 268 unten, 269 oben

9) H. Mazeaud, Essai de classification des obligations...Rev. trim. dr. civ. 1936, S. 47

10) H. Mazeaud, a. zuletzt a.O; Mazeaud,Responsabilité,Bd. 1, S. 196; Rodière, Droit des transports, 1960, Bd. III/1, S. 65 (Nr. 1210) (allerdings,indem er abweichend von der h.M. keine echte Beweislastumkehr insofern, sondern eine blosse "présomption de fait", d.h. einen Beweis des ersten Anscheins,annimmt); die deutsche Rechtsprechung verlangt feststehende Verletzung "durch Beförderungsvorgänge oder -einrichtungen": BGH 8,239; RGJW 1937,2190; die Entscheidung BGH VersR 1962,325, scheint den Nachweis fehlerhafter Einrichtungen (nicht ordnungsgemäss geschlossene Tür des Abteils) als Schadensursache zu verlangen - unzweifelhaft lässt die franz. Rechtsprechung die Exkulpationslast der Eisenbahn schon einsetzen, wenn nur das Hinausfallen feststeht (vergl. Civ. comm. 19.6.1951.D.1951.717, Fall des Fährschiffs Lamoricière; Passagier bei Sturm über Bord)

11) vergl. Rodière a. zuletzt a.O.; die aus der inexécution resultierende Vermutung ist daher weitergehend als selbst die Auslegung des Begriffs "bei dem Betrieb"in § 1 Haftpfl.G.

12) Die Beweislast, AcP 147, 267; ähnlich Prölss, Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, VersR. 1964, S. 902 zu Fn. 12 u. 11 und in Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 67-69; gegen beide aber H. Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 543 (aber S.544 unten: "beim Betrieb")

lichen Beförderung, auch wenn deren spezifische Gefahr nicht ursächlich geworden ist, deckt.

Dieses Problem setzt ein, wenn die Frage[16], ob bereits ein Beförderungsvertrag unbedingt inkraft getreten ist, zu bejahen ist; aber auch der Zeitpunkt dieses Inkrafttretens kann streitig werden: bei Eisenbahn und U-Bahn entscheidet grundsätzlich das Knipsen der Fahrkarte, bei Strassenbahn und Bus grundsätzlich das Platznehmen im Fahrzeug[17].

Zurück zum eingangs angeschnittenen Problem der Beschränkung der obligation de sécurité résultat auf den eigentlichen Transportvorgang: Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen Eisenbahnverkehr (Eisenbahn und U-Bahn: "transport ferroviaire") und Strassenverkehr ("transport routier")[18]: im letzten Falle wird die obligation de sécurité résultat auf den Transportvorgang beschränkt, im ersten Falle dagegen nicht, so dass sich Eisenbahn- und U-Bahnverwaltung auch bei Stürzen auf dem Bahnsteig[19], Verletzung durch einen Gepäckkarren[20], durch den Nachweis von cause étrangère entlasten müssen[21].

Die überwiegende Lehrmeinung lehnt die Ausdehnung der obligation de sécurité résultat bei Eisenbahn und U-Bahn auf Vorfälle ausserhalb des eigentlichen Beförderungsvorgangs (aber während Vertragsdauer) mit dem Hinweis

---

13) a.a.O., Rev. trim. dr. civ. 1936, S. 47

14) Das Problem liegt dogmatisch genau so wie im Falle der deliktischen Verkehrssicherungspflichten, begründet, um eine rechtserhebliche Auswahl unter den möglichen Unterlassungen zu treffen: vergl. Esser, Schuldrecht, S. 867;

15) Anm. Pigot zu Cass. civ. 1./1o.1o.1964, ICP 1965.II.1422o (2 Entscheidungen)

16) Überblick bei Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 182, Fn. 2; S.155-158

17) etwas abgewandelt für Bus: Civ. 1./17.2.65, ICP 1965.IV.S.43 (Vertragsschluss bereits mit Niederlegen des Gepäcks und Belegen eines Platzes, danach Wiederverlassen des Fahrzeuges und Stolpern beim späteren überhasteten Einsteigen: vertragliche obligation de sécurité, aber de movens)
für U-Bahn Cass. civ. 1./12.2.64, D 1964, 358 mit Anm. Esmein= ICP 1964, II.13o5o mit Anm. Rodière (Sturz auf der Treppe einer U-Bahnstation nach Kauf der Fahrkarte, aber vor Knipsen der Fahrkarte: Delikthaftung); dadurch wird das Urteil Civ. 1./17.5.61, D. 1961.532 = ICP 1961.II.1221 (das Vertragshaftung der Eisenbahnverwaltung bejaht hatte bei einem Sturz des Reisenden auf einer Bahnhofstreppe nach Beendigung der Reise und nach Passieren der Sperre unter Abgabe der Fahrkarte) überholt: Esmein u. Rodière a. zuletzt a.O. und Mazeaud, Responsabilité Bd. 1, S. 159

18) Anm. Pigot zu Cass. civ. 1./19.1o.64 (2 Entscheidungen) ICP 1965.II.1422o; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 199

19) Cass. civ. 1./6.1o.1964, D 1965, 21 ff., erster Fall m. Anm. Esmein= ICP 65.I.1442o m. Anm. Blaevoet (8o-jährige Reisende gerät mit Fuss zwischen Bahnsteig und Trittbrett der U-Bahn und stürzt; allerdings im Ergebnis Haftung verneint wegen fait de la victime im Sinne von force majeure)

20) Cass. civ. 1./1o.1o.1964, ICP 1965.II.1422o, erster Fall, mit Anm. Pigot; selbst für den Fall, dass der Geschädigte nur Inhaber einer Bahnsteigkarte war: Trib. gr. inst. Seine, 3.6.65 D.H. 1965.616

21) für Bus vergl. die Entscheidung Cass. civ. 1./17.2.65, oben, Fn. 17 (nach Vertragsschluss, aber vor Teilnahme am Beförderungsvorgang nur obligation de sécurité moyens; faute des Busfahrers aber festgestellt)

darauf ab, dass diese Fälle im Widerspruch stünden zur Rechtsprechung betreffend die obligation de sécurité moyens der Hotels, Kinobesitzer, Badeanstalten usw.[22] bezüglich der Sicherheit in ihren Geschäftsräumen[23]. In der Tat beruht die Bestimmung der obligation de sécurité als de moyens bei Hotel, Kino, Bad etc. auf dem Risiko des Schuldners hinsichtlich der Gewährleistung der Sicherheit der Kunden, welches sich aus deren unbeschränkter Bewegungsfreiheit mit der Möglichkeit selbstschädigenden Verhaltens ergibt[24], also auf einem Gesichtspunkt, der hinsichtlich der Fahrgäste ausserhalb des Transportvorganges genauso zutreffen würde.[25] Konsequenterweise nehmen Mazeaud[26] und Tunc[27] Vertragshaftung aus der Verletzung einer obligation de sécurité moyens an, während Bigot und Blaevoet[28] Deliktshaftung befürworten (also das Entstehen einer vertraglichen obligation de sécurité insoweit überhaupt ablehnen), um für Unglücksfälle ausserhalb des Transportvorganges zur Anwendung von art. 1384 Abs. 1 C.c. gelangen zu können.[29]

c) Bei der Darstellung des Merkmals der extériorité als Voraussetzung einer Entlastung des Verletzers einer obligation de résultat durch den Nachweis von cause étrangère[30] wurde bereits darauf hingewiesen, dass bestimmte Entscheidungen aus dem Bereiche des Transportvertragsrechts[31], die von Schadensfällen handeln, deren Ursache die vom Transportunternehmer zur Vertragserfüllung verwendeten Sachen waren, einer Haftung ohne faute gleichkommen, weil force majeure verneint wird ohne Rücksicht darauf, ob der Unternehmer den Mangel vermeiden oder überhaupt

---

22) s.u. S. 94,98,1o4

23) Anm. Esmein zu Civ. 1./12.2.1964 D. 1964.359; Anm. Bigot a. zuletzt a.O.; Rechtsprechungsbericht Tunc Rev. trim. dr. civ. 1964, S. 548; Anm. Blaevoet a. zuletzt a.O.

24) s.u. S. 144

25) auch die deutsche Rechtsprechung beschränkt die Beweislastumkehr für Vertragshaftung der Beförderer durchweg auf den Transportvorgang: RG 86,321,322 ("Auf diesen Wegen - erg.: Zu- und Abgänge zum und vom Zuge - ist der Reisende regelmässig in seiner Bewegungsfreiheit und Selbstbestimmung nicht beschränkt"); BGH NJW 59,1366,Sp. 2; ebenso Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 545

26) Responsabilité, Bd. 1, S. 199

27) a. zuletzt a.O

28) a. zuletzt a.O.; die Entscheidung Civ. 17.2.1965, oben Fn. 17, spricht für die Annahme von Vertragshaftung aus Verletzung einer obligation de sécurité moyens (Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 199, Fn. 2 zu nr. 155-2)

29) Die Besserstellung der Fahrgäste von U-Bahn und Eisenbahn gegenüber den Fahrgästen von Bus, Strassenbahn etc. entspricht, wenn sie auch in das sonstige System der franz. Rechtsprechung zur Unterscheidung zwischen obligation de moyens und obligation de résultat nicht passt, beachtlicherweise einer in etwa vergleichbaren Besserstellung innerhalb der deutschen Gefährdungshaftungstatbestände: vergl. Esser, Schuldrecht, S. 95o, 2. a); die von Esser a.a.O. gegebene Differenzierungsbegründung - u.a. Beherrschung eines eigenen Betriebskörpers mit eigenen Ordnungsorganen und -befugnissen bei Eisenbahn im Gegensatz zu Strassenbahn - hält Bigot a. zuletzt a.O. nicht für durchschlagend

3o) s.o., S. 39

31) s.o., S. 39, Fn. 81

erkennen konnte. Zwei weitere Entscheidungen lassen sich für die im Anschluss an die Rechtsprechung entstandene Meinung, hier handele es sich um Verletzung einer obligation de garantie, anführen:
Bereits am 21.4.1913 entschied die Cour de cassation[32], dass bei Entgleisen eines Zuges infolge Schienenbruchs ohne Aufklärbarkeit, ob eine Sorgfaltsverletzung der Eisenbahn hinsichtlich des Schienenbruchs vorlag, force majeure zu verneinen sei[33]. Auch die Entscheidung der Cour de cassation vom 19.1o.64[34] - Verletzung eines Reisenden durch einen von einem anderen Reisenden geschobenen Gepäckkarren, Verneinung von fait d'un tiers, das force majeure gleichkommt - liegt auf dieser Linie.

Festzuhalten ist hier, dass der Gesichtspunkt der Mangelfreiheit der vom Schuldner zur Vertragserfüllung verwendeten Sachen jedenfalls für die Bestimmung der obligation de sécurité als de résultat beim Transportvertrag, anders als bei sonstigen Fällen[35], nicht zum Tragen kommt, weil bereits aus anderen Gründen obligation de résultat vorliegt, die diesen Gesichtspunkt überlagert.

2. Sachbeförderung

Die obligation de sécurité résultat des Transportunternehmers ist insoweit spezialgesetzlich geregelt durch artt. 1782, 1784 C.c.; art. 1784 wird als Spezialfall von art. 1147 sowie als Spezialfall der ohnehin gem. art. 1135 C.c. dem Transportvertrag zu interpretierenden obligation de sécurité angesehen[36].

II. Arbeitsvertrag - obligation de sécurité des Arbeitgebers[37]

1. Hinsichtlich der körperlichen Sicherheit des Arbeitnehmers

Da die Mehrzahl der Arbeitsunfälle durch Spezialgesetz erfasst wird, und die Rechtsprechung in denjenigen Fällen, die dem Katalog der spezialgese

---

32) D 1913, S. 249 ff., 256, 3. Fall, m. Anm. Sarrut

33) Zu dieser wie zu der Entscheidung Cass. req. 1o.11.194o, oben S. 39, Fn. 81, ist zu sagen, dass andererseits auch nicht feststeht, ob wirkl eine für den Schuldner unvermeidbare oder unerkennbare Schadensursach vorlag

34) Cass. civ. 1./ICP 1965.II.1422o Anm. Bigot, 1. Fall

35) s.u., S. 152 bei Fn. 5

36) Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 649; Sainctelette, De la responsabilité et de la garantie, 1884, S. 91-93; ferner Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 2

37) wegen der Vertragshaftung des Arbeitnehmers siehe unten, S. 131 ff.; zur Einordnung des Arbeitsvertrages in das System der vom C.c. zur Ve fügung gestellten Schuldverhältnisse s.u.,S. 118, 119

lichen Regelung[38] nicht unterfallen, eine obligation de sécurité des Arbeitgebers zugunsten des Arbeitnehmers überhaupt verneint[39] und in diesen Fällen Deliktsrecht anwendet, existiert keine Rechtsprechung, die eine vertragliche obligation de sécurité des Arbeitgebers der Kategorie de résultat oder der Kategorie de moyens zuordnen und dies begründen würde. Daher kann nur vermerkt werden, dass die Autoren überwiegend[40] entgegen der Rechtsprechung eine obligation de sécurité des Arbeitgebers bejahen und sie den obligations de résultat zuordnen[41]. Mazeaud[42] begründet die Zuordnung zu den obligations de résultat, wenn auch unter Bedenken, damit, dass für den Arbeitgeber nur ein unwesentliches Risiko hinsichtlich der Gewährleistung der Sicherheit des Arbeitnehmers bestehe, und dass bei Nichterreichen des Sicherungserfolges, d.h. im Falle des Unfalls, die Umstände - gemeint ist das Ausmass der Bewegungsfreiheit des Arbeitnehmers - nicht so seien, dass eine selbstschädigende Ungeschicklichkeit des letzteren naheliege.

2. Hinsichtlich der eingebrachten Sachen (Kleidungsstücke, Beförderungsmittel) des Arbeitnehmers [43]

Die Rechtsprechung zu dieser Frage liefert keine wesentlichen Hinweise zur Theorie der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens. Das erklärt sich daraus, dass alles andere als Klarheit besteht[44], und dass die Frage vorwiegend unter dem Gesichtspunkt eines stillschweigen-

---

[38] s.o., S. 12, Fn. 26; landwirtschaftliche Arbeitsunfälle finden ihre Sonderregelung in art. 1144 ff. des Code rural; Übersicht bei Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 6. Auflage, S. 737, 738

[39] s.o., S. 43, Fn. 8; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 1o2, Fn. 4,5

[40] so Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 2o1 - 2o3 (Übersicht S. 2o1, Fn. 2 u. 3)

[41] Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 2o3; Sainctelette, De la responsabilité et de la garantie, 1884, S. 151, 141; differenzierend Labbé, S. 1885. 4.25 ff. (Anm.), 29: Grundsätzlich obligation de moyens, aber es genügt für den Arbeitnehmer der Nachweis, dass die Schädigung auf dem Mangel einer vom Arbeitnehmer zur Verfügung gestellten Sache (Maschine, Gerät, Arbeitsmaterial) beruht

[42] Responsabilité, Bd. 1, S. 2o3, 191

[43] Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 221, Fn. 7; für das deutsche Recht Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Auflage, Anm. A 896-9o4 zu § 242

[44] vergl. Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 22o, die sogar für den Normalfall vertragliche Haftung des Arbeitgebers ablehnen

den Verwahrungsvertrages gelöst wird[45]. Zwei Situationen werden unterschieden:[46]

Entweder aus den Umständen ergibt sich ein stillschweigender Verwahrungsvertrag zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, beispielsweise, wenn der Arbeitgeber Umkleideräume, Garderoben, Abstellplätze oder Garagen zur Verfügung gestellt hat[47]; in diesem Falle handelt es sich um eine obligation de résultat des Arbeitgebers, "si bien qu'il est présumé responsable. Pour s'exonérer il lui appartient de démontrer la cause étrangère: force majeure ou le fait du salarié lui même"[48]. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber bei Verlust oder Beschädigung der Sachen wie beim selbständigen Verwahrungsvertrag ersatzverpflichtet ist, sofern er nicht die genaue Schadensursache aufklären und seine fehlende faute nachweisen kann[49].

Wenn ein stillschweigender Verwahrungsvertrag nicht in Betracht kommt, wird untersucht, ob der Schadensfall aus der Verletzung der Pflicht des Arbeitgebers, je nach den Umständen bestimmte Massnahmen zur Sicherung der Sache des Arbeitnehmers zu treffen, beruht; diese Pflicht ist lediglich de moyens;[50] das bedeutet, dass in diesen Fällen der Arbeitnehmer den konkreten ursächlichen Sorgfaltsverstoss des Arbeitgebers nachzuweisen hat[51].

---

45) ähnlich früher im deutschen Recht: Staudinger, a.a.O., Anm. A. 896

46) Brun-Galland, Droit du travail, S. 480; Lehnardt, Responsabilité de l'employeur en cas de perte, vol ou détérioration..., L'inf. du chef d'entr. (quest. prud. et fisc.) 1959, 106 f., 109-114

47) Brun-Galland a.a.O., S.480, Lehnardt a.a.O., S. 112; dazu neigt die Rechtsprechung

48) Brun-Galland a.a.O., S. 480; damit übereinstimmend Cass. civ. 13.7.1954 Bull. cass. 1954.III, Nr. 268, S. 203 (Bus des dienstverpflichteten Transportunternehmers wird aus von Dienstberechtigten zur Verfügung gestellten Schuppen gestohlen); Lehnardt, S. 113, 114,weist dagegen darauf hin,dass eine einheitliche Rechtsprechung nicht bestehe und dass andere Entscheidungen hinsichtlich der Verwahrungspflicht nur obligation de moyens annähmen, wohl unter der Voraussetzung, dass es sich um blosse unentgeltliche Verwahrung handele; Trossard, La distinction, S. 194, Nr. 336, weist dagegen darauf hin, dass das "dépôt accessoire" normalerweise entgeltlich und damit eine obligation de résultat begründet sei

49) wegen der Regeln, die allgemein für den Verwahrungsvertrag gelten, siehe unten, S. 100, 101

50) Brun-Galland, a.a.O., S. 480; Lehnardt a.a.O., S. 110; Civ. 30.12.1930, Gaz. Pal. 1931.1.134 (Arbeiter einer Elektrizitätsgesellschaft arbeiten auf öffentlichen Wegen; ihr Begleitfahrzeug hatte keinen Platz für Ablage der Kleider, die gestohlen wurden; faute der Arbeitgeberin bejaht)

51) ähnlich aus dem deutschen Recht hinsichtlich der Pflichten des Arbeitgebers bei zur Verfügung gestellten Parkplatz BAG NJW 1966, S. 1534 ff.

III. Lehrer- Schülerverhältnis[52]

Dieser Abschnitt befasst sich lediglich mit der körperlichen Sicherheit des Schülers; Fragen der Haftung wegen Nichterreichen des Lehrziels werden in § 3 zu behandeln sein.

1. Intellektuelle Unterrichtung

"L'établissement d'enseignement est tenu non de l'obligation de rendre l'élève à ses parents dans le même état physique, ou il l'a reçu mais d'une obligation générale de prudence et de diligence"[53]. Die Lehrer und Lehranstalten trifft mithin lediglich eine vertragliche obligation de sécurité moyens, so dass von dem zu Schaden gekommenen Schüler eine bestimmte Sorgfaltsverletzung nachgewiesen werden muss[54]. Diese obligation de sécurité tritt vielfach in der Gestalt einer obligation de surveillance[55] oder auch in der Gestalt einer Aufklärungspflicht[56] auf. Die Natur dieser Ausgestaltungen der obligation de sécurité richtet sich nach deren grundsätzlichem Charakter als obligation de moyens[57]. Die Schutzpflicht der Schulen wird als lediglich de moyens kategorisiert mit der Begründung, dass den Schülern weitgehend die Bewegungsfreiheit mit der Möglichkeit selbstschädigenden Verhaltens bleibe und der Sicherungserfolg zu wenig von den möglichen Massnahmen der Schule abhänge[58].

Die Fälle Paris 15.12.1955 (Schulhof)[59] und Cour de cassation 17.11.1964 (Aufzug)[60] zeigen das Bestreben der Rechtsprechung, einen Mangel der vom Sicherheitsschuldner anlässlich des Vertragsverhältnisses eingesetzten Sachen als Schadensursache festzustellen, um daraus ohne weiteres eine faute entnehmen zu können.

---

52) Überblick mit Rechtsprechungsnachweis bei Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 2o3-2o5

53) Paris, 15.12.1955, D. 1956.somm.122 (Schulkind stürzt in der Pause auf dem Schulhof; faute des Schulinstituts nicht festgestellt, insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt einer anormalen Unebenheit des Schulhofbodens)

54) ebenso Cass.civ. 1./17.11.1964, JCP 1965.II.14lo6 m. Anm. Esmein (Schüler gerät mit der Hand zwischen Aufzug und Wand des Aufzugsschachtes, weil Aufzug ohne Tür war; faute bejaht)

55) Trib. gr.inst. Thionville, 9.1o.1963, D.1964.somm.18 (bei Schulausflug lässt Lehrer eine Gruppe von Schülern einen Hügel anstatt auf dem ordentlichen Weg entlang einer Geröllhalde erklettern; faute bejaht)

56) Cass. civ. 1./6.1o.1964, D.1965.233 m. Anm. Azard u. Anm. Rodière, Rechtsprechungsübersicht in Rev. trim. dr. civ.1965, 819 (Eltern werden durch Schule nicht von der Vorverlegung des Schulschlusses unterrichtet, so dass sie Kind nicht wie üblich abholen können; dieses erleidet Unfall; faute bejaht)

57) Rodière a. zuletzt a.O. zum Fall der Mitteilungspflicht bezüglich Stundenplanänderung

58) Trib. gr.irst. Thionville, 9.1o.1963, a.a.O.: "...le résultat dépend non seulement de l'activité du maître mais encore de la réaction de l'élève."; zustimmend Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 2o4, Fn. 5

In den Sonderfällen des Internats, bei denen der Schüler auch verköstigt und beherbergt wird, ist die obligation de sécurité insoweit de résultat als bestimmte Leistungen und Dienste nur von der Einflussnahme des Schulträgers abhängen,was beispielsweise bedeutet, dass bei verdorbener Nahrung vom geschädigten Schüler nicht nachgewiesen zu werden braucht, dass ihm infolge einer faute des Internats diese verdorbene Nahrung vorgesetzt worden ist[61].

2. Sportunterricht[62] und Fahrschule[63]

In den Fällen des Sportunterrichts besteht durchweg Einigkeit darüber, dass der Instruierende "doit adopter les mesures nécessaires pour assurer la sécurité de ses élèves"[64], dass es sich hierbei aber nur um eine obligation de moyens[65] handelt. Der Schüler muss einen konkreten Sorgfaltsverstoss des Lehrers als Schadensursache beweisen, beispielsweise, dass bei der Tauchschule nicht für ausreichendes Gewöhnungstauchen[66] gesorgt wurde oder dass der Reitlehrer bei jungen Reitschülern nicht auf genügend Abstand in einer belebten Strasse geachtet hat[67].
Allen Fällen ist gemeinsam, dass der Ausübung dieser Sportarten bestimmte Risiken innewohnen, mit deren Vorhandensein die Urteile die Natur der obligation de sécurité als de moyens begründen[68]. In den Fäll der Reitschule begnügt sich die Rechtsprechung nicht mit dem Hinweis auf den aléa[69] infolgeobjektiver Umstände der Sportausübung, sondern

---

59) s.o., Fn. 53

6o) s.o., Fn. 54

61) Trib. gr. inst. Thionville, 9.1o.1963, Fn. 55, mit Zustimmung Mazeaud a. zuletzt a.O.

62) Reitunterricht: Trib. gr. inst. Pontoise,9.3.196o, Gaz. Pal. 196o.2. somm. 14; Civ. 6.6.1961, D. 1961.722; Cass. civ. 1./26.4.1963, ICP 1963.II.133o7 mit Anm. Esmein - in allen Fällen Ausreiten einer Gruppe wobei einer der Reitschüler durch Ausschlagen des Pferdes eines ander verletzt wird.
Skischule: Trib. gr. inst. Grenoble, 5.11.1963.D. 1964,2o7, mit Anm. Linovitch (Skilehrer führt Anfänger bei wenig Schnee über felsiges Ge lände, einer stürzt, faute bejaht);
Tauchschule: Trib. gr. inst. Seine,17.11.1965, Gaz. Pal. 1966 vom 27. 1966 (2.56) mit Anm. Durry in Rev. trim. dr. civ. 1966.82o (Tod eines Tauchschülers beim Tauchen infolge schlechter Ausrüstung und mangels vorhergehendem Gewöhnungstauchen);
Wasserskischule: Bourge, 1.6.1966, ICP. 1966.II.14744 mit Anm. Durry Rev. trim. dr. civ. 1966,82o (Schüler lässt bei Beendigung des Unterrichts Schleppseil zu spät los und fährt auf Grund; faute verneint)

63) Cass. civ. 9.12.1946, ICP 1947.II.3483 (während Fahrstunde Verletzung eines Dritten, der von Fahrschule ents-chädigt wird; Regress Fahrschu gegen Fahrschüler); Trib. civ. Versailles, 18.12.1958, Gaz. Pal. 196 1.242 (Fahrschüler-Anfänger fährt gegen Baum infolge unglücklichen Manövers und macht Fahrschule wegen seiner Verletzung haftbar)

64) Grenoble, 5.11.1963,Fn. 62

65) Pontoise,9.3.196o, Fn. 62

66) Seine, 17.11.1965, Fn. 62

67) Pontoise, 9.3.196o, Fn. 62

sieht zusätzlich den Gesichtspunkt der "rôle actif" des Schülers an, der die Risiken der Sportart in Kauf genommen habe[70]; diese zusätzlichen Argumente erklären sich daraus, dass in Erfüllung des Lehrvertrages Sachen des Lehrers, nämlich die Pferde, benützt werden, so dass wohl das reine Argument aus der der Ausübung dieser Sportarten inhärenten Gefahren allein der Rechtsprechung als nicht genügend erscheint: "Mais attendu que la présence d'un écuyer....n'était de nature ni à supprimer toute participation active de la part des cavaliers, ni à prémunir ceux-ci contre les risques auxquels les exposait la pratique d'un sport que l'arrêt lui-même considère comme présentant certains dangers"[71].

Mit dieser französischer Rechtsprechung stark übereinstimmend sowohl hinsichtlich Ergebnis als auch hinsichtlich Begründung entschied der BGH im Falle des Reitunterrichts (aber verallgemeinerungsfähig für andere Arten des Sportunterrichts): " Die Gefahr eines Sturzes wohnt dem Reitsport inne... da er während des Unterrichts nur in beschränktem Masse auf Reiter und Pferd einwirken kann...(lag) die Ursache des Sturzes also nicht oder jedenfalls nicht ausschliesslich im Gefahrenkreis des Reitlehrers.... Eine Verantwortung des Reitlehrers kann daher nur aus einem nachgewiesenen offensichtlichen Verstoß gegen seine Pflichten hergeleitet werden."[72]

Im Falle der Fahrschule sind zu trennen die obligation de sécurité der Fahrschule gegenüber dem Fahrschüler und umgekehrt die des letzteren gegenüber der Fahrschule. Die obligation de sécurité der Fahrschule wird, ohne ersichtliche Begründung, als de résultat angenommen[73]; die Entscheidung der Cour de cassation vom 9.12.1946[74] ergibt, dass umgekehrt die Fahrschule eine faute des Lernbegierigen nachzuweisen hat[75] (Genauigkeit und Begründung fehlen).

---

[8] "ce sont là des sports dangereux par eux-mêmes, dont l'enseignement comme la pratique...comportent des aléas indiscutables": Ann. Durry, Fn. 62; "sport assez difficile": Seine, 17.11.65, Fn. 62

[9] Die deutsche Übersetzung lautet: "Risiko": Doucet, Wörterbuch der deutschen und franz. Rechtssprache, Teil I, 1960, S. 16

[o] vergl. Anmerkung Damein zu Civ. 26.4.1963, Fn. 62,und Pontoise, 9.3.6o, Fn. 62

[1] Cass. civ. 6.6.1961, Fn. 62

[2] BGH Versicherungsrecht 1958, 6o5 f unter II.6; die Entscheidung BGH NJW 1962, 959 (Schwimmschüler ertrinkt) betrifft nur den Beweis des Ursachenzusammenhangs zwischen feststehender Pflichtverletzung und Tod, aber es wird zu fragen sein, ob es sich dabei nicht um eine "obligation de surveillance résultat" des Bademeisters handelt, so dass aus diesem Grunde die Beweislast auch bezüglich des Kausalzusammenhangs beim Bademeister lag

[3] Savatier, Responsabilité, Bd. 1, 2.Auflage,Nr. 136, S. 178, 179; Versailles, 18.12.1959, Fn. 63; str.: Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 2o5, Fn. 1o

[4] s.o., Fn. 62, a.E.o

[5] Celle OLG Düsseldorf, NJW 1966, S. 736; dagegen Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 85, Fn. 252; zustimmend Palandt, Kommentar z. BGB, 26. Aufl., Anm. 1 b) zu § 282

IV. Vertrag über die Überlassung von Anlagen zur Ausübung eines Sports[76]

Zur Abgrenzung ist zu bemerken, dass es sich hier weder um Fälle handel bei denen der Geschädigte in irgendeiner Weise unterrichtet werden soll te, noch um solche, bei denen der Geschädigte blosser Zuschauer war (dazu oben III. 2 und unten VIII).

In den hier zu beschreibenden Fällen wird grundsätzlich angenommen, dass die Veranstalter eine obligation de prudence et de diligence (moyens) trifft, "qui impose de prendre toutes les dispositions nécessaires pour que les joueurs ne soient pas victimes d'accident"[77]; des öfteren trit die Pflicht hier als obligation de surveillance auf (Schwimmbad, Eislau platz)[78]. Die Begründungen für die Einstufung der Pflicht als de moye sind je nach den Sachverhaltsumständen verschieden; zwei Gruppen lassen sich bilden:

---

76) Übersicht mit Rechtsprechungsnachweis bei Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 2o6, 2o7
Skilifte: Civ. 1./8.1o.63, D.1963.75o = ICP 1963.II.13429 m. Anm. Tunc Rev. trim. dr. civ. 1964, S. 3o6 (Schlepplift; bei Ankunft auf dem Gipfel verlässt Benutzer nicht schnell genug den Liftbereich und wird vom Bügel eines Nachfolgenden verletzt; faute verneint); Civ. comm. 7.2.1949, ICP 1949.II.4959 mit Anmerkung Rodière (Schlepplift; Rucksackriemen bleibt am Bügel des Lifts hängen, Benutzer stürzt; fa verneint); Chambéry, 4.2.52, ICP 1952.II.7725 = D. 1952.552 (Schlep lift; Schleppseil springt aus der Rolle, Benutzer wird aus der Spur gehoben, lässt los und stürzt; Haftung bejaht); Trib. gr. inst. Chambéry, 2o.5.65, ICP 1965.II.14328 mit Anmerkung Rabinovitch (Sessellift, 73-jähriger stürzt beim Einsteigen; faute verneint)
Motorboot schleppt Wasserskifahrer: Trib. civ. Draguignan, 31.3.1966 Rechtsprechungsübersicht Durry, Rev. trim. dr. civ. 1966, 8o2/3 (Was serskifahrer stürzt bei plötzlicher Wendung des Bootes; faute ver- neint)
Golfplatz: Trib. civ. Seine 6.2.61, Gaz. Pal. 1961.1.276 (Spieler wird durch den von anderem Spieler geschlagenen Golfball verletzt)
Eislaufplatz: Cass. civ. 1./8.2.1961, D. 1961.254 (Eisläufer wird in folge Kettenbildung anderer Eisläufer umgeworfen)
Badeanstalt: Cass. civ. 1./17.1.1961, D. 1961.647 (Badegast rutscht in Dampfbad auf seifigem Boden aus; faute verneint; dagegen in ähn- licher Falle bejaht von Cass. civ. 1./3.2.65, D 1965.349 - Thermalba Trib. gr. inst. Seine 8.11.1963, Gaz. Pal. 1964.1.357 (Badegast rutscht auf vorschriftswidrig glattem Boden am Schwimmbecken aus; faute bejaht); Aix, 27.1o.1955, ICP 1956.II.9o2o (Freibad, Sachver- halt nicht ersichtlich); Bourges, 12.3.1941, Gaz. Pal. 1941.2.138 (Sprung vom 5-Meterbrett, Wirbelsäulenbruch); aus der deutschen Rech sprechung OLG München, OLG 25,13

77) Trib. civ. Seine, 6.2.61, Fn. 76 (Golfplatz); Mazeaud Responsabilité Bd. 1, S. 2o6, Fn. 5

78) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 2o7; Paris, 2o.1o.1961, D. 1962.2 - Eislaufplatz

Bei der ersten Gruppe (insbesondere Skilifte und Schleppen durch Motorboot) wird darauf abgehoben, dass sich der Benutzer nicht vollständig ohne Möglichkeit und Notwendigkeit eigener Aktivität der Herrschaft des Veranstalters ausliefere, sondern dass seine Teilnahme eine "rôle actif" voraussetze, die es verbiete, im Falle eines Unfalls eine présomption de faute des Veranstalters anzunehmen. Stellvertretend sei die Entscheidung der Cour de cassation vom 7.2.1949[79] (Schlepplift) zitiert: "quant à son équilibre et son comportement sportif en cours de trajet, à l'autonomie de ses mouvements à l'instant de son engagement, il a un rôle actif personnel qui lui interdit d' invoquer...les règles de la responsabilité contractuelle du voiturier (bei welcher bekanntlich obligation de résultat); il lui incombe dès lors de prouver la faute de l'entrepreneur ."

Aus dieser Begründung folgt zwangsläufig, dass nicht in allen Fällen von Liftarten gleichermassen argumentiert werden kann, sondern unterschieden werden muss, ob es sich um Kabinenbahnen, Sesselifte oder Schlepplifte (bei welchen der Benützer in der Spur steht) handelt[80]; bei Seilbahnen muss eine obligation de sécurité résultat wie bei Eisenbahn und Bus angenommen werden[81], bei einfachen Schleppliften gilt die erwähnte obligation de moyens, während es sich bei Sesselliften um eine obligation de résultat während der Fahrt, dagegen eine obligation de sécurité moyens in den Phasen des Aus- und Einsteigens handeln soll; ersichtlich richtet sich die Bestimmung der Obligation in den einzelnen Fällen danach, ob vom Teilnehmer Aktivität oder Passivität erwartet wird.

In einer anderen Gruppe von Fällen (insbesondere bei Bädern; unklar für Eislaufplatz) wird die obligation de moyens mit der unbeschränkten Bewegungsfreiheit des Gläubigers und dessen Möglichkeit zu selbstschädigendem Verhalten, welche eher eine faute des Teilnehmers als des Unter-

---

79) s. Fn. 76

80) Rabinovitch, Anm. zu Chambéry 2o.5.1965, Fn. 76

81) das oben, S. 12, Fn. 26, erwähnte Gefährdungshaftungsgesetz über die Haftung von Unfällen bei dem Betrieb von Drahtseilbahnen gilt nur gegenüber Dritten, nicht aber gegenüber Teilnehmern: Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 386;
das deutsche RHaftpfl.G. ist jedenfalls auf Schlepplifte unanwendbar: BGH NJW 196o, 1345; vgl. a. OLG München, Versicherungsrecht 1959, 838 (betreffend die Vertragshaftung bei Hinausfallen aus dem Bügel eines Schlepplifts)

nehmers wahrscheinlich mache, begründet. Bourges[82] vom 12.3.1941: "à l'intérieure d'une piscine, trop d'accidents mortels se rattachent à l'imprudence de l'usager".

In nahezu allen in diesem Abschnitt behandelten Fällen[83] wird das Bemühen der Rechtsprechung erkennbar, einen Mangel der vom Unternehmer zur Verfügung gestellten Anlagen als Schadensursache festzustellen, um daraus ohne weiteres die faute des Unternehmers entnehmen zu können. Abgesehen von Chambérry 4.2.1952 (Kabel des Schlepplifts springt aus der Rolle) und Seine 8.11.1963 (zu glatter Boden des Schwimmbades) lagen die Sachverhalte jedoch immer so, dass solche Mängel als Ursache des Schadensfalles nicht aufspürbar waren; in dem Urteil vom 17.1.1961[84] stellte die Cour de cassation ausdrücklich fest, dass die Seifigkeit des Bodens des Bades keinen solchen Mangel begründe, weil das in der Natur eines solchen Bodens liege. Kennzeichnend für das erwähnte Bestreben der Rechtsprechung führt die letztgenannte Entscheidung aus: "La responsabilité du tenancier ne peut être engagée ...que si la victime rapporte la preuve d' une défectuosité dans l'installation, l'organisation ou le fonctionnement de l'établissement, et plus généralement d'un fait constitutif d'une faute.."[85]
Rabinovitch[86] befasst sich mit dem gekennzeichneten Betreben der Rechtsprechung hinsichtlich der Materie der Skilifte und kommt zu der Schlussfolgerung, dass, obwohl man grundsätzlich eine obligation de moyens annehmen müsse[87], der geschädigte Skifahrer nur einen Mangel des Lifts als Schadensursache (beispielsweise das Springen des Kabels von der Rolle) und darüberhinaus keinen Sorgfaltsverstoss des Unternehmers nachzuweisen habe; das bedeute eine auf das "bon fonctionnement" beschränkte obligation de résultat. Von dem echten Nachweis einer faute unterscheidet sich der hiernach zu führende Beweis insofern, als dem Geschädigten der Nachweis eines konkreten Pflichtenverstosses, der hinter dem Sachmangel

---

82) Fn. 76

83) so Civ. comm.7.2.49 (Schlepplift); Civ. 1./17.1.61 (Dampfbad); Chambérry, 4.2.52 (Schlepplift); Seine, 6.2.61 (Golfplatz); Aix 27.1o.1955 (Schwimmbad); Seine, 8.11.1963 (Schwimmbad) - alle Fn. 76

84) Fn. 76

85) Cass. civ. 1.17.1.1961, D. 1961,647

86) ICP 1965.I.1953, Ski et droit: les engins de remontée mécanique

87) abgesehen von den Fällen der Kabinenbahn und des Sesselliftes während der Beförderung

steht, erspart bleibt; schliesslich kann es sich ja um einen Material- oder um einen Konstruktionsfehler handeln, den der Liftunternehmer nicht erkennen und beherrschen konnte. Andererseits soll dem Unternehmer nach Meinung von Rabinovitch[88] der entlastende Nachweis der faute des Konstrukteurs und mangelnden eigenen Sorgfaltsverstosses nicht abgeschnitten sein. Das zeigt, dass nicht an eine obligation de garantie hinsichtlich der Fehlerfreiheit der verwendeten Geräte gedacht ist, bei der dem Unternehmer der Nachweis fehlender faute verwehrt wäre; auch die erwähnte Rechtsprechung ergibt nichts für eine solche Garantie.

V. Mit Maschinenkraft betriebene Jahrmarktsvergnügen[89]

Je nach der Art des Jahrmarktsvergnügens trifft den Schausteller eine obligation de sécurité résultat oder eine obligation de sécurité moyens[90]. Immer dann, wenn sich der Vergnügungslustige nicht mehr -

---

88) Les sports de montagne et le droit, 1959, S. 5o

89) Überblick bei Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 2o8-2o9 mit Rechtsprechungsnachweisen

90) de résultat: Cass. req. 13.5.1947, ICP 1948.II.4o32 m. Anm. Rodière (in einer "Raupe" - wohl eine Art Berg- und Talbahn - wird Besucherin von Unwohlsein erfasst und während der Fahrt verletzt); Cass. civ. 1./1.7.1964, Gaz. Pal. 1964.2.316 m. Anm. Rodière Rev. trim. dr. civ. 1965, S. 14o (rotierende Gondeln; Sachverhalt im übrigen unklar); Trib. paix Saint- Didier-en- Velay, Gaz. Pal. 1957.2.225 (Autoscooter; während der Einsteigphase weiterrollendes Fahrzeug verletzt Besucherin, die in anderen Scooter einsteigt)
de moyens: Cass. civ. 1./9.1.1957, D 1958.245, 1. Fall (Kind fällt von auf- und niederwippendem "mechanischen Stier"; Klagabweisung); Cass. civ. 1./4.3.1957, D 1958.245, 2. Fall, Anm. Savatier (Teilnehmer wird vom "Teufelsrad" geschleudert und kann nicht nachweisen, dass die Geschwindigkeit zu hoch eingestellt war); Civ. 6.1.1959 D 1959.1o6 (Autoscooter, Karambolage, Beinbruch infolge ungeschickter Stellung im Fahrzeug, Nachweis ungenügender Schutzpolsterung nicht gelungen; Klagabweisung - der Fall stimmt sachverhaltsmässig überein mit BGH NJW 1962, 9o8, wo jedoch der Polstermangel bewiesen werden konnte); Rouen 12.12.1961, D 1962.157 (Sturz aus Schiffschaukel aus ungeklärten Gründen)

vergleichbar einem normalen Transportvorgang - vollständig passiv dem Fahrzeug oder der Maschine des Schaustellers anvertraut, sondern von ihm eine rôle actif vorausgesetzt wird, handelt es sich um eine obligation de moyens[91]. Das Urteil der Cour de cassation vom 9.1.57 (mechanischer Stier)[92] formuliert: "L'arrêt qui constate qu'un jeu forain exigeant du client une certaine participation active, quelques efforts et quelque initiative, décide à bon droit que le tenancier n'était tenu que d'une obligation de soins et de diligence...et que la preuve d'une faute est à la charge d'un client". Zu ganz ähnlichen Ergebnissen und Begründungen kommt eine Entscheidung des BGH bei einem Sturz in sogenannten rollenden Tonnen[93].

Aus der Entscheidung der Cour de cassation vom 6.1.1959 (Autoscooter während der Fahrt)[94] ergibt sich erneut die Neigung der Rechtsprechung, den Geschädigten wählen zu lassen zwischen dem Nachweis einer faute des Sicherheitsschuldners und dem Nachweis eines Mangels der von diesem zur Vertragserfüllung benützten oder zur Verfügung gestellten Sachen, ohne dass damit, soweit ersichtlich, gesagt sein soll, dass der Schausteller nicht den Nachweis fehlender faute im Hinblick auf den Mangel zur Entlastung erbringen dürfte; es wird ausgeführt: "...que l'existence d'un vice quelconque d'un engin et d'une faute de l'exploitant n'étant pas prouvé, la responsabilité de l'accident n'incombait pas à ce dernier".[95]

VI. Beherbergungs- und Gastaufnahmevertrag

1. Obligation de sécurité hinsichtlich der körperlichen Sicherheit des Gastes[96]

---

91) zustimmend zu diesem Unterscheidungsmerkmal Rodière in den Fn. 9o genannten Anmerkungen ICP 1948 und Rev. trim. dr. civ. 1965; Cass. civ. 4.3.1957, Fn. 9o (Teufelsrad) zieht zusätzlich den Gesichtspunkt der acceptation des risques heran; ebenso Rouen, Fn. 9o

92) Fn. 9o

93) BGH Versicherungsrecht 1959, 462

94) Fn. 9o; ebenso Rouen in Fn. 9o

95) Die Entscheidung BGH NJW 1962, 9o9 (Autoscooter), geht in derselben Richtung und, indem sie die Garantiehaftung des Mietrechts gem. § 538 Abs. BGB anwendet, noch weiter; anders anscheinend OLG Stuttgart bei BGH Versicherungsrecht 1959, 463 f, 464, 2. Sp. unter

96) Überblick bei Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 2o9-211 mit Rechtsprechungsnachweisen, u.a.:
Cass. req. 13.11.1945, ICP 1946.II.3o4o m. Anm. Rodière (Gast rutscht in der Telefonzelle einer Gastwirtschaft auf einer Bananenschale

Soweit ersichtlich, befasst sich die französische Rechtsprechung nur mit Unfällen infolge der Bewegung und des Aufenthaltes der Gäste in den Räumen der Hotels oder Restaurants[97]; Fälle der körperlichen Schädigung eines Gastes infolge Servierens verdorbener Nahrungsmittel[98] etc. tauchen hier nicht (wohl aber unter dem Aspekt des Internats[99] oder von Klinikverhältnissen[100]) auf. Diese obligation de sécurité der Wirte wird in einer Gruppe[101] zusammen mit der vergleichbaren der Bäder[102], der Kaufhaus- und Ladeninhaber[103] sowie der Inhaber von Kinosälen etc. [104] als obligation de moyens eingestuft. Die eingangs vermerkten Urteile gehen hiervon alle aus, jedoch ohne eine Begründung zu geben: "Le restaurateur n'est pas tenu de rendre son client sain et sauf à la sortie de son établissement, mais seulement d'observer dans l'organisation et le fonctionnement de son exploitation les règles de prudence et de surveillance qu' exige la sécurité du client."[105]

---

aus; faute bejaht); Cass. civ. 6.5.1946, ICP 1946.II.3236 mit Anm. Rodière (Gast stürzt beim Verlassen einer Gastwirtschaft, als infolge eines plötzlichen allgemeinen Stromausfalls Treppenbeleuchtung erlischt; faute verneint); Cass. civ. 2./22.11.63, D. 1964.7o2 ff (4. Fall) m. Anm. Esmein (Hotelgast stürzt bei Nacht die neben dem Hoteleingang befindliche Kellertreppe hinab; Urteil kommt zu keinem Ergebnis - Zurückverweisung - und argumentiert, möglicherweise aus prozessualen Gründen, mit Deliktsrecht); Cass. civ. 1./15.7.1964, ICP 1964.II.13828 = D 1964, 74o m. Anm. Starck, Rec. gen. lois 1964, J. 573.574 (Wandschrank fällt auf Hotelgast, als dieser jenen öffnet; Mangel der Befestigung des Wandschrankes nicht feststellbar, faute verneint und Klage abgewiesen);
Civ. 1./7.2.66, D 1966, 314 m. Anm. Rodière Rev.trim. dr. civ. 1966, S. 544 (9,5 cm Niveauunterschied zwischen Gang und Toilettenboden in Gaststätte; Mangel des Bodens bejaht - Verurteilung)

97) vergl. die Überschrift zu nr.159 in Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 2o9

98) aus dem deutschen Recht RG 97, 116 ff. (Salmiakgeist statt Selterswasser)

99) s.o., S. 9o

100) s.u., S. 139

101) vergl. Anm. Esmein ICP 1963.II.133o7

102) s.o., S. 93

103) s.u., S. 114

104) s. u., S. 1o4

105) Civ. 6.5.1946, Fn. 96

Die Natur der Wirtspflicht, den Verkehr in den hierfür bestimmten Räumen zu sichern, als de moyens, wird begründet mit der unbeschränkten Bewegungsfreiheit der Gäste und der daraus resultierenden Möglichkeit zu selbstschädigendem Verhalten , eines "liberté d'allures"[106], die eine Nachlässigkeit des Gastes genauso wahrscheinlich mache wie einen Sorgfaltsverstoss des Wirtes[107]. Mazeaud[108] schlagen darüber hinaus eine weitere Differenzierung hinsichtlich der obligation de sécurité der Gastwirte usw. vor; es soll sich dann um eine obligation de résultat handeln, wenn der Unfall nicht Folge des Zirkulierens der Gäste in den Räumlichkeiten, sondern Folge des passiven Unterworfenseins des Gastes unter den Herrschaftsbereich des Wirtes (beispielsweise Angriffe Dritter innerhalb des Zimmers, Herabfallen eines Spiegels) ist. Stoll[109] stimmt dieser Differenzierung zu und empfiehlt deren Anwendung im deutschen Recht; Stoll wird dabei der von Mazeaud gewählten Unterscheidung nicht gerecht, wenn er die "Verkehrs"-unfälle der Gäste als Folge von "ruhenden" Gefahren, die andere Art von Unfällen als Folge der vom Gasthause ausgehenden "dynamischen" Gefahren bezeichnet: es wird verkannt, dass Mazeaud die Differenzierung von der zu bejahenden oder nicht zu bejahenden "Dynamik" des Gastes und nicht des Gefahrenkreises des Wirtes her vornimmt. Im übrigen hat die Rechtsprechung die Differenzierung Mazeauds nicht akzeptiert, wie die Entscheidung der Cour de cassation vom 15.7.64 [110] (Herabfallen eines Wandschrankes), die von einer obligation de moyens des Hotels ausgeht, zeigt.

Um den Nachweis der faute für den geschädigten Gast zu erleichtern, bemüht sich die Rechtsprechung, wenn auch nicht so deutlich wie in anderen Fällen[111], Mängel in der Funktion der von den Wirten zur Ausübung ihres Gewerbes benutzten Sachen als Schadensursachen festzustellen[112]. Die Bananenschalenfallentscheidung vom 13.11.45 nimmt eine négligence und imprudence des Wirtes an, der die Bananenschale in einem den Gästen zur Verfügung gestellten Raume liegen liess; mit Recht bemerkt Rodière

---

106) Anm. Rodière ICP 1946.II.3o4o, Fn. 96

107) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 2lo, 211, und Rodière a. zuletzt a.O.

108) a. zuletzt a.O.

109) Die Beweislastverteilung, S. 548, 549

110) Fussnote 96

111) s.u., S. 152, Fn. 5

in der Anmerkung zu dieser Entscheidung[113], dass diese Feststellung der faute durch die Cour de cassation durch weitere Sachverhaltsumstände, insbesondere die Dauer des Liegenlassens der Bananenschale, die nicht aus den Urteilsgründen ersichtlich sind, getragen sein müsse: wenn ein unmittelbar vor dem Geschädigten die Telefonzelle Verlassender die Bananenschale hat liegen lasse, dann fehlt es, so Rodière, an einer Pflichtwidrigkeit des Wirtes[114].

Der Versuch, die Fälle, in denen Schadensursachen defekte Räume oder Einrichtungen sind, mit Mietrecht zu begründen, wird von der Rechtsprechung nicht gemacht, obwohl das, zumindest bei Verträgen über Aufnahme in ein Hotel, angesichts der verschärften Haftung der Vermieter gem. art. 1721 C.c.[115] naheliegt[116].

2. Obligation de sécurité hinsichtlich der eingebrachten Sachen des Gastes

Gem. artt. 1952-1954 C.c. haften Gastwirte und Hoteliere für die unversehrte Rückgabe der Sachen, die von den zur Beherbergung aufgenommenen Gästen eingebracht sind, wie Verwahrer (art. 1952 C.c.)[117]; entsprechend den Regeln des (entgeltlichen) Verwahrungsvertrages[118] ist damit den Beherbergungswirten, die sich durch den Nachweis von force majeure oder der faute du déposant entlasten müssen[119], eine obligation déterminée de sécurité auferlegt[120].

---

112) vergl. Cass. civ. 15.7.1964 (herabfallender Wandschrank), die kritische Anm. Starck hierzu, Fn. 96, kommt zum Ergebnis einer obligation de résultat (allerdings i.S. einer Garantie), beschränkt auf das "bon fonctionnement du matériel"; Cass. req. 13.11.45 (Bananenschale); Cass. civ. 7.2.66 (Niveauunterschied) - alle Fn. 96

113) ICP 1946.II.3o4o, § 3, Fn. 96

114) ebenso Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 549; das verkennt die Entscheidung des OLG Stuttgart, MDR 1959.1oo9 ff. (Ausrutschen eines Gastes infolge einer durch Erbrechung eines anderen Gastes verursachten Verunreinigung): " für den vom Kläger zu erbringenden Beweis einer objektiven Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Beklagten genügt auch bereits der Beweis der gefahrdrohenden Beschaffenheit der den Gast zur Benutzung überlassenen Räume und Gegenstände."

115) s.u., S. 115 f.

116) wie die Entscheidungen RG 169, 84 und RGZ WW 1942, 1449 (Verletzen eines Gastes an defekter Badeeinrichtung) zeigen; die Anmerkung Esmein zu Civ. 22.11.1963, Fn. 96, weist auf die Möglichkeit der Anwendung von Mietrecht hin, ohne zu einer klaren Lösung zu kommen; klarer für Anwendung von Mietrecht dagegen Esmein, La chute dans l'escalier, ICP 1956.I. 1321;

117) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 218, [illegible] 16.7.1946, ICP 1946.II.3311 (Automobil in Hotelgarage [illegible])

118) dazu unten, S. 1oo f.

119) Cass. civ. 16.7.1946, Fn. 117

12o) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 219

Bei Schank- und Speisewirten[121] wird geprüft, ob die erwähnten Regeln des Verwahrungsvertrages infolge stillschweigenden Zustandekommens eine solchen anwendbar sind[122]; regelmässig wird das verneint[123] mit der Folge, dass ein konkreter Sorgfaltsmangel des Wirtes nachgewiesen werden muss.

VII. Verwahrungs- und ähnliche Verträge; Pflichten desjenigen, der zu bewahren hat und zurückzugeben hat

1. Eigentliche Verwahrungsverträge und Verträge mit Verwahrungsvertragselementen bzw. akzessorischen Verwahrungsverträgen[124]

In Übereinstimmung mit dem Wortlaut der allgemeinen Vorschriften der artt. 1302 und 1245 C.c.[125] wird angenommen, dass die Pflichten des entgeltlichen Verwahrers grundsätzlich de résultat sind; wenn die Unmöglichkeit der Rückgabe überhaupt oder in unversehrtem Zustande feststeht, hat der Gläubiger nichts weiter zu beweisen, während der Schuldner nachweisen muss, dass ihn hinsichtlich der Beschädigung oder des Verlustes der verwahrten Sache kein Vorwurf trifft.[126]. Streitig ist nur, ob das ausser

---

121) artt. 1952 ff. C.c. finden keine entsprechende Anwendung: Frossard, La distinction, S. 194; Dalloz, Code civil annoté, 1966, Anm. 2 zu art. 1952

122) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 221, Fn. 8; Trib. paix Saint-Malo 6.6.1946 S. 1946.chr. 81 (Kaffeebesucher übergibt Kleidungsstück einer Kellnerin, die es in einer jedermann zugänglichen Garderobe aufhängt; Verwahrungsvertrag verneint); Trib. civ. Lyon 10.8.1903 Gaz. Pal 1903.1.14 (Kellner nimmt einer Kundin den Pelz ab und legt ihn auf einen Nebentisch, Pelz wird unter Zurücklassung eines billigeren entwendet; Verwahrungsvertrag verneint)

123) siehe Fussnote 122

124) Überblick bei Mazeaud, Responsabilité , Bd. 1, S. 217-221 und S. 822-836;
Eigentliche Verwahrungsverträge: Civ. 1./23.12.1958, D 1959.53 (in Grossgarage abgestelltes Fahrzeug wird gestohlen und beschädigt wiedergefunden); Civ. 1./2.11.66, D 1967.319 mit Anmerkung Pélissier (in Grossgarage abgestelltes Fahrzeug wird gestohlen - wegen der Abgrenzung zum blossen Mietvertrag über einen Parkplatz vergl. die Anm. Pélissier);
Verträge mit Verwahrungsvertragselementen: Cass. civ. 12.11.1950, I 1950.II. 5924 (Pferd verletzt sich beim Hufschmied tödlich, genauer Unfallhergang nicht bekannt; obligation de sécurité résultat); Cass. civ. 16.1.1951, ICP 1951.II.6163 m. Anm. Rodière (Stute wird zum Deckhengst gebracht und geht im Anschluss an das Beschälen ein; obligation de sécurité moyens); Cass. civ. 1./12.7.60, D 1960.somm. 101 m. Anm. Tunc Rev. trim. dr. civ. 1961, 100 (Rindviehherde wird von Viehhändler bei Landwirt in die Pflege gegeben; mehrere Tiere gehen ein; aus prozessualen Gründen obligation de moyens angenommen) Amiens, 9.5.1963, D 1964.somm 18 (Unternehmer führt Dreschen von Getreide bei sich durch, Korn wird durch Feuer vernichtet; Unternehmer befreit sich durch Nachweis, dass Ursache des Feuers der Traktor des Auftraggebers war)

für die Pflicht zur Rückgabe als solcher auch für die Pflicht zur Rückgabe in unversehrtem Zustand gilt. Von Mazeaud[127] wird das, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung[128], bejaht. Die deutsche Rechtsprechung stimmt im Ergebnis vollständig überein, denn die Unmöglichkeit der Rückgabe wird unmittelbar von § 282 BGB geregelt, und die Rückgabe in beschädigtem Zustand wird hinsichtlich der Beweislast für das Verschulden des Verwahrers entsprechend behandelt; genau betrachtet muss der Hinterleger nicht einmal die objektive Pflichtwidrigkeit (Rechtswidrigkeit) des Verwahrers beweisen, wenn nur die Tatsache des Verlustes oder der Beschädigung feststeht[129].

Die Natur der Verwahrerpflichten als de résultat wird damit begründet, dass es den Verwahrenden, die zudem in den meisten Fällen "professionel" sind, jederzeit möglich sei, für die Sicherheit der in ihren Besitz gelangten Sachen zu sorgen[130], so dass sie sich normalerweise keines Risikos ("aléa") hinsichtlich des Sicherheitserfolges ausgesetzt sähen. Ausnahmen sollen jedoch möglich sein: "L'obligation sera une obligation déterminée:restituer, à moins que les circonstances ne rendent la restituion tellement aléatoire que l'impossibilité de remettre la chose ou de la remettre en bon état ne puisse plus faire présumer la faute du débiteur;"[131] das gilt gleichermassen bei eigentlichen Verwahrungsverträgen wie bei Verträgen mit Verwahrungsvertragselementen[132]. Ein erhebliches Risiko hinsichtlich des Sicherheitserfolges besteht beispielsweise bei einer Verwahrung angesichts des Krieges[133], beim Beschälen einer zu diesem Zweck in Besitz genommenen Stute[134]; Rodière[135] stellt klar, dass es auch in diesen Ausnahmefällen

---

125) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 823; Frossard, La distinction, S.193

126) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 824, 825

127) Responsabilité, Bd. 1, S. 823, 824; a.A. Frossard, La distinction, S. 191 ff.

128) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 827; Cass. civ. 23.12.1958, Fn. 124 (Rückgabe des gestohlenen Fahrzeugs möglich, jedoch beschädigt)

129) BGH 3, 162 (öffentlich-rechtliche Verwahrung); BGH 41,151 = NJW 64,1123 (Unwirksamkeit von Allgemeinen Lagerbedingungen, die den im Text eingestellten Beweislastgrundsätzen widersprechen); Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 54o (Beschädigtsein des verwahrten Gutes ist nicht identisch mit objektiver Pflichtwidrigkeit des Schuldners)

130) Frossard, La distinction, S. 193; Anm. Pélissier, Fn. 124

131) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 824

132) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 824, Nr. 7o6-7, Fn. 1

133) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 825

134) Civ. 16.1.1951, Fn. 124 (im Gegensatz zum Beschlagen eines Pferdes durch den Hufschmid, dem die persönlichen Einwirkungsmöglichkeiten weniger abgeschnitten sind)

135) Anm. ICP 1951.II.6163, Fn. 124

dem Parteiwillen unterliegt, statt dessen eine obligation de résultat mit der Folge der Entlastungslast des Verwahrers zu begründen (beispielsweise, indem der Besitzer des Deckhengstes zusichert, dass das Decken unter den konkreten Umständen gefahrlos sei[136]). In keinem Fall hängt die Entscheidung der Frage, ob die Bewahrungspflicht de résultat oder de moyens ist, davon ab, welchem Vertragstyp der konkrete Vertrag im wesentlichen zuzuordnen ist, also beispielsweise, ob im Fall des Vertrags über die Pflege einer Rindviehherde ein Dienstvertrag oder ein Verwahrungsvertrag gegeben ist.[137]

2. Sonderfall: Bewahrungs- und Rückgabepflicht des Mieters

Gem. art. 1728-1732 C.c. trifft den Mieter, "wie jeden Schuldner einer Speciessache"[138], die obligation de résultat zur Rückgabe der gemieteten Sache in unversehrtem Zustande bei Mietende; der Gesetzeswortlaut ist insoweit eindeutiger als selbst für den Verwahrer (artt. 173o, 1732 C.c., die ausdrücklich die Last der Entlastung dem Mieter zuschieben)[139]; unter besonderen Umständen kann eine blosse obligation de moyens des Mieters vorliegen[14o]. Auch im deutschen Recht trägt der Mieter gem. §§ 548,556 BGB dem Vermieter gegenüber die Beweislast dafür, dass eine Zerstörung oder Beschädigung der Sache nicht auf einen von ihm zu vertretenden Umstand zurückzuführen ist[141].

---

136) Die Entscheidung BGH 41, 151 ff., die umgekehrt die Überbürdung der Beweislast entgegen den allgemeinen Grundsätzen und entgegen den dispositiven §§ 39o, 417 HGB auf den Einlagerer für unwirksam hält, beschränkt das aber ersichtlich auf Allgemeine Geschäftsbedingungen; ebenso BGH Versicherungsrecht 1967, 4o2

137) Tunc, Rev. tr. dr. civ. 1961, loo zu Cass. civ. 12.7.6o, Fn. 124; diese Entscheidung klärte sachlich rechtlich allerdings nicht, ob der Pflegevertrag de moyens oder de résultat war, sondern nahm ersteres deswegen an, weil die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen waren zutreffend Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 542; Tunc nimmt obligation de résultat an.

138) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 813

139) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 83o; art. 1732 C.c. lässt nach seinem Wortlaut genügen, dass der Mieter fehlende faute nachweist, was im Gegensatz zu artt. 1147, 173o, 1733 C.c., die textgemäss den Nachweis von force majeure verlangen, steht; wegen der Identität beider Nachweise aber s.o., S. 36,37,und Mazeaud,a. zuletzt a.O.; Cass. civ. 1o.7.195o, Gaz. Pal. 195o.2.245 (Miete eines Landhauses, bei Einbruch wird ein Teil der Möbel während Abwesenheit der Mieterin gestohlen; Entlastung misslungen); Trib. gr. inst. Boulogne-Billancour 13.12.1961, Gaz. Pal. 1962.1.231 (von Attentätern infolge Namensverwechslung gelegte Plastikbombe zerstört Mietwohnung; force majeure für Mieter bejaht)

14o) Mazeaud, a. zuletzt a.O.

141) RG 122, S. 295 (gemietete Räume können infolge Brandes, dessen Ursache nicht aufgeklärt ist, nur in zerstörtem Zustand zurückgegeben werden)

3. Vertrag über die Beaufsichtigung von Kindern[142]

Es handelt sich um obligations de surveillance[143] ähnlich denen im Lehrer- Schülerverhältnis[144]. "S'agissant d'un enfant en bas âge"[145] wird dabei eine obligation de résultat angenommen; Savatier[146] schlägt als Altersgrenze, ab der nur noch obligation de moyens anzunehmen sein soll, das Eintreten der Schulpflichtigkeit vor. Die entscheidenden Gesichtspunkte sind, dass bei Kleinkindern die Fähigkeit, sich selbst zu schaden, infolge der weitgehenden Gewalt des Erwachsenen über das Kind nicht gross[147] und dass der Parteiwille natürlicherweise auf den Sicherungserfolg gerichtet sei[148].

VIII. Entgeltliche Zuschauerverträge[149]

Ganz einheitlich nimmt die neuere Rechtsprechung eine obligation de

---

142) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 213, 214; Cass. civ. 1./7.7.1954, D. 1955.589, Anm. Esmein= ICP 1955.II.8745, Anm. Savatier (Kinderhort, zweijähriges Kind wird verbrüht, ohne dass die näheren Umstände aufklärbar sind); Paris 17.7.53, Gaz. Pal. 1953.2.34o (Ferienkolonie, neunjähriges Kind ertrinkt in der Seine; faute des aufsichtsführenden Studenten ausdrücklich festgestellt)

143) Paris, Fn. 142

144) s.o., S. 89

145) Cass. civ. 7.7.54, Fn. 142

146) Anm. Fn. 142

147) Savatier, Fn. 142; OLG Koblenz, NJW 65,2347, argumentiert im Gegenteil damit, dass das Spiel von Kleinkindern wegen ihrer Neigung zu unvorhergesehenen und unvernünftigen Reaktionen "besondere" Gefahren mit sich bringe (5-jähriges Kind verletzt sich am Auge im "Kinderparadies" eines Kaufhauses; ungenügende Beaufsichtigung vom Geschädigten nachgewiesen, was nach franz. Rechtsprechung nicht erforderlich gewesen wäre: Aufsichtsschuldner hätte pflichtgemässes Verhalten nachweisen müssen)

148) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 213

149) Rechtsprechungsüberblick bei Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 215, 216, Fn. 1 zu Nr. 161;
Cass. civ. 17.3.1947, ICP 1947.II.3736 (Sturz auf einer unbeleuchteten Treppe im Kinosaal während der Vorstellung; faute verneint)
Paris 7.6.63, D 1964.43 mit Anm. Azard (Pferderennen, ausbrechendes Pferde verletzt einen hinter der Abschrankung stehenden Zuschauer; faute des Veranstalters verneint); Paris 27.4.1956, D. 1956.551 (Fussball, Abschrankung zwischen Fussballplatz und Zuschauern fehlt, Spieler und Zuschauer prallen zusammen; faute des Veranstalters bejaht); Civ. 1./17.5.1965, D.1966.1ff. mit Anm. Azard (Rugby, Zuschauer wird von einem über die Abschrankung fliegenden Ball am Auge getroffen; faute bejaht, weil Abstand des Zuschauerraumes vom Spielfeld zu gering bemessen); Civ. 1./23.11.1966, D 1967.313 m. Anm. Cabrillac (Stierkampf, alle Zuschauer werden zur Beteiligung an einem Kampf eingeladen und begeben sich haufenweise in die Arena; Verletzung eines Teilnehmers durch ein Tier; faute bejaht, weil Rückzugsmöglichkeit und Schutz durch erfahrene Gehilfen ungenügend organisiert); wegen des Sonderfalles unentgeltlicher Zuschauerverträge vergl. Anm. Azard zu Civ. 17.5.1965, I.B.

sécurité moyens der Veranstalter an[15o], jedoch ohne ersichtliche Begründung. Auch die Kommentatoren lassen einen einheitlichen Gesichtspunkt nicht erkennen. Es muss wohl getrennt werden zwischen Sportveranstaltungen und sonstigen Veranstaltungen wie Kino, Theater etc. Für die letztere Gruppe ist massgebend der Gesichtspunkt der unbeschränkten Bewegungsfreiheit des Besuchers, die dessen Ungeschicklichkeit als Ursache des Schadens genau so wahrscheinlich macht wie eine faute des Veranstalters[151]. Bei der ersten Gruppe wird offenbar von den der Ausübung des Sportes innewohnenden objektiven Risiken und Gefahren geschlossen auf ein erhebliches Risiko hinsichtlich der Sicherheit der Zuschauer; das ist sicher gerechtfertigt im Falle der Beteiligung der Zuschauer am Stierkampf[152]. In den anderen Fällen der Sportveranstaltung könnte gleichfalls der Gesichtspunkt der unbeschränkten Bewegungsfreiheit des Zuschauers eine Rolle spielen, erscheint aber zumindest hinsichtlich der Phase des stillen Verharrens des Zuschauers am Platze während des Sportkampfes fragwürdig[153].
Die deutsche Rechtsprechung weist zur zweiten Gruppe übereinstimmende Ergebnisse auf insofern, als sie aus der blossen Tatsache, dass ein Kinobesucher während der Vorstellung eine Treppe hinter dem Notausgang hinabgestürzt ist (und inwiefern der Hergang nicht aufklärbar war), eine Pflichtverletzung des Veranstalters nicht folgert.[154] Hinsichtlich der Sportveranstaltungen besteht keine Klarheit.[155]

15o) vergleiche die Entscheidungen Fn. 149; Azard Anm. zu Civ. 17.5.1965, Fn. 149

151) Anm. Esmein, ICP 1963,II.133o7

152) vergl. Civ. 23.11.1966,Fn. 149, insbesondere die zustimmende Anmerkung Cabrillac: "...la sécurité de l'amateur est assez aléatoire"; sowohl die Entscheidung Civ. 23.11.1966 als auch die Entscheidung Civ. 17.5.1965, beide Fn. 149, ziehen den Gesichtspunkt der acceptation des risques heran, aber nicht, um die Kategorie der Obligation zu bestimmen, sondern um, nachdem faute festgestellt ist, evtl. die Haftung überhaupt entfallen zu lassen

153) Tunc, Rechtsprechungsbericht in Rev. trim. dr. civ. 1964, 545 zu Paris 7.6.1963 befürwortet denn auch die Annahme einer obligation de résultat

154) BGH Versicherungsrecht 1966, 292 f, 294; vergl. auch BGH Versicherungsrecht 1965, 52o

155) RG LZ 1916, 1483 (Sachverhalt wie Paris 7.6.1963, Fn. 149) nimmt an, dass der Veranstalter beweisen muss, dass er die notwendigen Vorkehrung zum Schutze der Rennbahnbesucher getroffen hat; nach OLG Nürnberg Versicherungsrecht 1955, 444, trifft die Beweislast für das Verschulden des Veranstalters eines Fussballspieles den verletzten Zuschauer

§ 2 Bei Vertragshaftung mit speziellem Mängelgewährleistungsrecht

I. Kaufvertrag - Haftung des Verkäufers[1)]

Die Vertragshaftung des Verkäufers muss in zwei Fallgruppen aufgeteilt werden: Die erste Gruppe betrifft diejenigen Fälle, bei denen der Schaden des Käufers aus einem Mangel der Kaufsache resultiert mit der Folge der Anwendung spezifisch kaufrechtlicher Mängelhaftung; die zweite Gruppe betrifft Fälle, bei denen Mängel der Kaufsache als Schadensursache nicht in Betracht kommen mit der Folge, dass Anspruchsgrundlage die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten, insbesondere einer obligation de sécurité im engen Sinne, ist.

1. Sachmangelfälle[2)]

Gem. artt. 16o3, 1625, 1641-1649 garantiert der Verkäufer die Sachmängelfreiheit der verkauften Sache, die durch den Code civil zum Inhalt des Kaufvertrages gemacht ist[3)]. Verstösse gegen die Garantie durch Lieferung

---

1) Überblick Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 214, 215, 126; Bd. 2, S. 397-399; Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Auflg., S. 839-847; Ficker, Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers und seiner Vormänner bei Sachmängeln in der franz. Rechtsprechung, 1962, S. 23 - 97

2) Cass. req. 21.1o.1925, D. 1929.1.9 (berufsmässiger Verkäufer; Autounfall infolge Federbruchs beim gekauften PKW, Schadensersatzpflicht des Käufers gegenüber verletztem Drittem, Klage des Käufers gegen Verkäufer auf Ersatz des Schadens in Gestalt der Schadensersatzpflicht gegenüber dem Dritten)
Cass. civ. 1./24.11.1954, ICP.1955.II.8565 (berufsmässiger Gasverkäufer füllt Gasflaschen mit unreinem Gas, das das Flaschenmaterial angreift, weshalb die Flasche explodiert)
Cass. civ. 1./19.1.1965, D 1965.389 (Vorinstanz Nimes, 25.4.196o, D 196o 725 m. Anmerkung Savatier; berufsmässiger Verkäufer verkauft Mehl an Bäcker, Vergiftung der Brötchenkäufer, Rückgriffsanspruch der Bäcker-Käufer gegen Mehlverkäufer)
Civ. comm. 17.2.1965, D 1965.353 (berufsmässiger Holzverkäufer liefert vom Holzkäfer befallene Stützbalken an Tischler, welcher die Balken in Haus einbaut, Holzkäfer befallen Parkett, Regressanspruch Tischler gegen Verkäufer);
Cass. civ. 1./1o.2.1959, ICP 1959,II.11o63, Anm. Esmein = D 1959.117 (Privatmann verkauft Hotelgrundstück, nach Verkauf brennt Gebäude infolge eines fehlerhaften Kamins nieder, Ersatzanspruch des Käufers wegen der Kosten der Wiedererrichtung des Gebäudes verneint)
Cass. civ. 1./4.2.63, ICP 1963.II.13 159 m. Anm. Savatier (Privater verkauft gebrauchten PKW, Käufer verletzt infolge Bruchs der Lenkung einen Dritten tödlich, Regressanspruch des Käufers gegen Verkäufer verneint)

3) Ficker, a.a.O., S. 16

einer mangelhaften Sache werden durch die Sonderregelung der artt. 1641 ff. C.c. sanktioniert; die Haftung des Verkäufers ist, abgesehen von der Sonderbestimmung des art. 1645 C.c. für Schadensersatzansprüche, wie im deutschen Recht vom Verschulden unabhängig; der Verkäufer kann, auch wenn er den Fehler nicht gekannt hat, auf Rückgängigmachung oder auf Preisminderung in Anspruch genommen werden (art. 1644 C.c.). Wie im deutschen Recht gem. § 46o BGB darf der Sachmangel [4] nicht offensichtlich oder bei einiger Sorgfalt erkennbar sein, es muss sich um einen "vice caché" handeln (artt. 1642, 1643 C.c.).
Gemäss dem Wortlaut der artt. 1645, 1646 C.c.[5] haftet der Verkäufer auf Schadensersatz nur, wenn er den schadensverursachenden Mangel der Kaufsache gekannt hat; darin kommt der Grundsatz, dass vertragliche Schadensersatzpflicht nur bei faute entsteht, zum Ausdruck[6]. Ein Ersatzanspruch gem. art. 1645 C.c. geht anders als im deutschen Recht nicht nur auf Ersatz des in der mangelhaften Lieferung als solcher liegenden Schadens, sondern betrifft auch Schäden an weiteren Rechtsgütern des Käufers, die aus der Fehlerhaftigkeit der Kaufsache herrühren[7].

Da die Beschränkung von Schadensersatzansprüchen auf den Fall der Mangel-Kenntnis des Verkäufers nicht mehr als den Bedürfnissen des technischen Zeitalters gerecht werdend angesehen wurde,[8] zog die Rechtsprechung seit der Entscheidung vom 21.1o.1925[9] zunächst art. 1646 C.c., wonach auch der gutgläubige Verkäufer im Falle eines verborgenen Mangels dem Käufer "les frais occasionnés par la vente" ersetzen muss, heran und legt das Wort "frais" dahingehend aus, dass darunter auch die von der mangelhaften Sache verursachten Schäden zu fallen hätten[1o]. Diese

---

4) zum Begriff des Sachmangels im franz. Recht, Ficker a.a.O. S. 18-22; bei allen in Fussnote 2 genannten Fällen war Schadensursache ein solcher "vice caché"

5) "Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a recu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur."(art. 1645)
"Si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix et à rembourser à l'acquéreur les frais occa-sionnés par la vente." (art. 1646)

6) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Auflage, S. 839; Ficker a.a.O., S. 16

7) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 84o; beispielsweise die Entscheidungen der Cour de cassation vom 24.11.1954 und vom 19.1.1965, oben Fn. 2; siehe auch oben, S. 57, Fn. 84, und S. 5o,51

8) Savatier, Anm. ICP 1963,II.13159, Fn. 2

9) Automobilverkauf,Federbruch; Fn. 2

im Ergebnis für richtig gefundene Entscheidung wurde von der Lehre hinsichtlich ihrer Begründung einhellig abgelehnt, da sie sowohl dem Wortlaut der artt. 1645,1646 als auch dem klaren Gesetzgeberwillen widerspreche[11]. Die Entscheidung vom 24.11.1954 -Explosion einer Gasflasche infolge Füllens mit unreinem Gas - [12] leitete eine Wandlung der Rechtsprechung ein; die Entscheidung sagt unter anderem: .."si, aux termes de l'art. 1646 C.c. le vendeur qui ignore les vices de la chose n'est tenu qu' à la restitution du prix et à rembourser.... les frais occasionnés par la vente, il résulte, par contre des dispositions de l'art. 1645 C.c. que le vendeur, auquel il convient d'assimiler celui qui, par sa profession ne pouvait les ignorer est tenu... de tous dommages-intérêts envers l'acheteur".

Damit war angedeutet, dass die erwähnte Auslegung der "frais" aufgegeben sei, dass grundsätzlich entsprechend dem Gesetzeswortlaut nur der bösgläubige Verkäufer auf Schadensersatz hafte, und dass aber der berufsmässige Verkäufer einem bösgläubigen Verkäufer gleichzustellen sei, auch wenn er den Fehler der Sache nicht kannte. Die spätere Entscheidung vom lo.2.1959 (Privatmann verkauft Haus, das infolge Kaminbrandes zerstört wird)[13] stellte klar, dass der private Verkäufer in der Tat für aus ihm nicht bekannten Fehlern resultierende Schäden nicht haftet[14]; auch Ersatzansprüche aufgrund Verletzung einer obligation de sécurité im engen Sinn oder aufgrund Deliktsrechts können gegen den Privatmann aus Anlass von Sachmängelschäden nicht geltend gemacht werden[15]. Andererseits wird die zitierte Formel der Entscheidung

---

lo) "frais" wird übersetzt mit Kosten, Spesen: Doucet, Wörterbuch der deutschen und französischen Rechtssprache, Bd. 1, S. 176; unstreitig fallen unter frais die Gebühren für Eintragungen und Veröffentlichungen, Maklergebühren, Verpackungskosten, Zoll, Kosten der Aufbewahrung durch den Käufer: Dalloz, Nouveau Répertoire de Droit, 2. Auflage, 1965, unter "vices rédhibitoires" Nr. 49

11) Josserand, Anmerkung zu Cass. req, 21.lo.1925, D 1929.1.9 ff.; Savatier, Anmerkung ICP 1963.II. 13 159, Fn. 2; H. Mazeaud, La responsabilité du vendeur fabricant, Rev. trim. dr. civ. 1955, 611 ff.

12) s.o.,Fn. 2

13) s.o.,Fn. 2

14) ebenso Cass. civ. 4.2.1963 (Privatmann verkauft gebrauchtes Fahrzeug), Fn. 2

15) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 843 (Nr. 993); Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 399, 1. Absatz

der Cour de cassation vom 24.11.1954, dass der berufsmässige Verkäufer dem schlechtgläubigen Verkäufer gleichzustellen sei, seither in allen Fällen, in denen jemand von Berufs wegen verkauft, wiederholt[16], mit der Folge, dass solche Verkäufer wegen der aus den Sachmängeln herrührenden Schäden haften, ohne dass die geschädigten Käufer ihnen Kenntnis vom Mangel nachweisen müssen. Es kommt also im französischen Recht in jedem Falle entscheidend darauf an, ob es sich um einen privaten oder um einen berufsmässigen Verkäufer handelt; die Entscheidungen aus dem deutschen Recht, die sich mit dem vergleichbaren Problem der Beweislast für das Verschulden einer in der Lieferung mangelhafter Kaufsachen gesehenen positiven Vertragsverletzung befassen[17], messen dieser Unterscheidung keine Bedeutung zu.

Die Rechtsprechung zur Haftung des professionellen Verkäufers - Herstellers wie Händlers - die bereits von Josserand[18] in seiner Anmerkung zu der Entscheidung der Cour de cassation vom 21.1o.1925 angeregt wurde, geht auf Pothier[19] und Domat[2o] zurück[21]; nach Pothier und Domat, die sich ihrerseits auf die Digesten stützen, setzt die Ausübung eines Gewerbes die Kenntnis dieses Gewerbes voraus, woraus folge, dass der Ausübende für seine Fähigkeiten zu diesem Gewerbe einzustehen hat: "....spondet peritiam artis...il se rend envers tous ceux qui contractent avec lui responsable de la bonté de ses ouvrages."[22] Daraus allerdings lässt sich die dogmatisch exakte Begründung der Haftung der professionellen Verkäufer nicht entnehmen; hierzu bestehen zwei Meinungen[23]:

Nach der einen Meinung ist diese Rechtsprechung Ausfluss eines allgemeinen Grundsatzes, nachdem jeder, der eine fehlerhafte Sache, sei es als Verkäufer, als Vermieter, als Hinterleger, als Transportunternehmer oder

---

16) vergl. die Entscheidungen Cass. civ. 9.1.1965 (vergiftetes Mehl) und Cass. comm 17.2.1965 (vom Käfer befallenes Holz), Fn. 2

17) RG Seuff A Bd. 63, 357 ff. (Lauge statt Selterswasser); RG 66, 289 ff. (Mais als Pferdefutter enthält Rizinussamenkörner, weshalb die Tiere eingehen); RG JW 192o, 831 (Unkrautsetzlinge statt Rotkohlsetzlingen); BGH LM Nr. 6 zu § 377 HGB (Strümpfe aus Nylongarn statt aus Perlongarn); OLG Düsseldorf MDR 1964, 323 (Verkauf von verdorbenem Fisch)

18) s. Fn. 11

19) Traité du contrat de vente, Ausgabe 1821, Nr. 213, 214

2o) Lois civiles, Buch I, Bd. 2, Titel 2, sect. II,7

21) Josserand, Fn. 18; Savatier, Anm. ICP 1963, II.13159 Fn. 2; im einzelnen Ficker a.a.O., S. 28 ff

22) Pothier, a.a.O. Nr. 214 S. 133 ff.

23) siehe zunächst Überblick Ficker, a.a.O., S. 29,3o

Schausteller, in den Verkehr bringt oder im Verkehr benützt, für die auf den Fehler der Sache zurückgehenden Schäden haftet, ohne dass es darauf ankommt, dass ihm faute nachgewiesen wird; es soll sich also um eine reine Kausalhaftung aufgrund Verletzung einer obligation de garantie handeln[24]. Konsequenterweise lässt diese Meinung den Gegenbeweis, dass der Verkäufer den Mangel nicht kannte und auch nicht entdecken konnte, nicht zu[25]. Nach der anderen Meinung operiert die Rechtsprechung auf dem Gebiete des Beweises[26]. Nach dieser Meinung kann der Verkäufer "démontrer qu'il s'agit d'un vice accidentel qui peut être ignoré légitimement même des personnes du métier"[27]; in keiner der erwähnten Entscheidungen[28] wird jedoch die Möglichkeit eines Gegenbeweises zugelassen oder erwähnt; nach Meinung von Demogue[29] wird der erforderliche Gegenbeweis vom professionellen Verkäufer kaum je zu erbringen sein. Savatier[3o] stellt fest, dass nach seiner Kenntnis keine Entscheidung französischer Gerichte den berufsmässigen Verkäufer von der Garantie ausgenommen hätte[31].

---

24) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 125, 126, 811, 812; Bd. 2, 387 ff.; Savatier, Anmerkung ICP 1963.II.13 159, Fn. 2; Savatier, Anm. ICP 1959.II.11o46. Savatier a.zuletzt a.O. unter I nennt das ausdrücklich eine obligation de résultat "....qui consiste à garantir de toute manière, des vices de la chose fournie"; siehe ferner S. 153 f.

25) ausdrücklich Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 126

26) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Auflg., S. 84o (Nr. 988 a.E.); Demogue, De l'obligation du vendeur à raison des inconvénients de la chose...Rev. trim. dr. civ. 1923, S. 647 ff., S. 65o; Demogue, Rechtsprechungsbericht Rev. trim. dr. civ. 1913, 824: Pothier stelle die Zulässigkeit eines Gegenbeweises nicht klar; Dalloz, Nouveau Répertoire de Droit, 2. Auflage 1965, unter "vices rédhibitoires" Nr. 5o (wesentlich klarer noch in der ersten Auflage Nr. 45)

27) Dalloz a.a.O., Fn. 26, 1. Auflage Nr. 45

28) s.o., Fn. 2

29) a.a.O., Rev. trim. 1923, S. 65o

3o) Savatier, Anm. ICP 1963, II. 13159

31) Nach Meinung Savatiers, a.a.O., scheinen einige Entscheidungen belgischer Gerichte den Gegenbeweis zuzulassen;
dass die einschlägige deutsche Rechtsprechung, s.o., Fn. 17, die heute den Entlastungsbeweis für fehlendes "Verschulden" hinsichtlich des schadensursächlichen Mangels dem Verkäufer auferlegt, den Gegenbeweis zulässt, ist sicher - in den Fn. 17 zitierten Fällen gelang er nie; RG 66, 289, Maisfall, das dem Käufer die Beweislast für das Verschulden des Verkäufers auferlegte, ist überholt;
es gibt gleichwohl Fälle, in denen dem Verkäufer der Entlastungsbeweis gelang: vgl. BGH vom 15.3.1956, auszugsweise in Der Betrieb, 1956, 348 ff., und BGH vom 21.4.1956, auszugsweise in Der Betrieb, 1956, 592 = Versicherungsrecht 1956, 41o - zu beiden Fällen Ficker a.a.O., S. 9,1o

Festzuhalten ist also, dass jedenfalls einem professionellen Verkäufer vom geschädigten Käufer eine faute hinsichtlich des schadensverursachenden Mangels der Kaufsache nicht nachgewiesen werden muss[32]; einem privaten Verkäufer gegenüber dagegen ist gemäss Gesetzeswortlaut ein ganz spezifischer faute-Nachweis bezüglich des Kennens des Mangels der Kaufsache erforderlich.

2. Verletzung einer obligation de sécurité im engen Sinn durch den Verkäufer[33]

Wenn das spezielle Mängelgewährleistungsrecht nicht zur Anwendung kommen kann, weil Schadensursache kein Sachmangel im Sinne von art. 1641 C.c. ist, dann kann der Verkäufer doch vertraglich wegen Verletzung von aus dem Kaufvertrag fliessenden Nebenpflichten, insbesondere einer obligation de sécurité im engen Sinne, haften;[34] hier lassen sich zwei Untergruppen bilden: Einmal die Gruppe derjenigen Fälle, bei denen der Schaden immer noch mit eine Folge der Kaufobjekt bildenden Sache ist, obwohl ein Sachmangel im technischen Sinne nicht vorliegt (nachstehend a))[35]; zum anderen die Gruppe der Fälle, bei denen der Käufer, nachdem er einen Kaufvertrag geschlossen hat, in den Räumlichkeiten des Verkäufers zu Schaden kommt, ohne dass die gekaufte Sache irgendwie im Spiele ist (nachstehend b)).

---

32) Das Problem, ob für das deutsche Recht eine Garantiehaftung des Warenherstellers und Lieferanten ohne Entlastungsmöglichkeit angenommen werden soll, behandeln u.a.: Werner Lorenz, Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenherstellers und Lieferanten gegenüber Dritten, Festschrift für H. Nottarp, Karlsruhe 1962, S. 59 ff.; Spiros Simitis, Grundfragen der Produzentenhaftung, Tübingen 1965; Uwe Diederichsen, Die Haftung des Warenherstellers, München u. Berlin 1967;
dieses Problem ist nicht Gegenstand dieser Arbeit

33) Speziell hierzu Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 214,215

34) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Auflage, S. 843; siehe allgemein zur Abgrenzung von obligation de sécurité und Gewährleistungspflicht für Mängelfreiheit oben S. 5o,51,56,57; zum deutschen Recht ferner: BGH, Versicherungsrecht 1964, 632 (Pflicht, beim Betanken einer Ölheizungsanlage darauf zu achten, dass ein Überfüllen der Anlage vermieden wird); BGH NJW 1962, S. 1197 ff.,und BGH LM Nr. 5 zu § 459 Abs. 1 BGB (beide wegen Nebenpflicht auf Ratserteilung)

a)[36]

Es wurde bereits gezeigt, dass einerseits die Cour de cassation im Kaufrecht bisweilen Formulierungen verwendet, die annehmen lassen könnten, dass neben der gesetzlichen Gewährleistungspflicht für Mängelfreiheit eine vertragliche ob-ligation de sécurité des Verkäufers nicht bestehen kann, sowie andererseits, dass diese Formulierungen "trop abrupt"[37] sind und wohl nur für den Zeitraum vor Abschluss eines Kaufvertrages gelten;[38] die hier[39] zitierten Entscheidungen lassen sich ohne die Annahme einer obligation de sécurité nicht erklären[4o]. Nicht immer ist freilich eindeutig, ob nicht doch ein Kaufsachenmangel im technischen Sinne des art. 1641 C.c. als Schadensursache vorliegt; die Entscheidung Paris 14.2.1961[41] (Limonadenflasche explodiert) begründet die Schadensersatzpflicht der Verkäuferin in erster Linie mit der Verletzung einer obligation de sécurité unter Hinweis darauf, dass die Gebrauchsfähigkeit des gekauften Getränkes als solchem durch die Erhitzung nicht eingeschränkt gewesen sei und deswegen ein Sachmangel nicht vorliege, zieht dann aber in einer Hilfserwägung dss Sachmängelrecht doch noch heran[42].

---

35) Vielfach ist es allerdings reiner Zufall, ob ein solcher Fall oder ein zur anderen Gruppe zählender vorliegt, siehe b)

36) Cass.civ. 1./7.12.1955, ICP 1956 II.9246, 2. Fall, mit Anm. Esmein (beim Füllen einer Gasflasche durch den Lieferanten explodiert diese, genauer Sachverhalt aus dem Urteil nicht erkennbar; im Gegensatz zu der Gasflaschenentscheidung Civ. 2./13.5.1955,gleichfalls ICP 1956.II. 9246, geht die Entscheidung vom 7.12.55 von Vertragshaftung aus, ohne zu klären, ob obligation de résultat; im Gegensatz zu dem weiteren Gasflaschenfall, 24.11.1954, ICP 1955.II.8565, s.o. Fn. 2, ist ein Fehler des gelieferten Gases nicht festgestellt)
Paris 14.2.1961, ICP 1962.II. 12547, Anm. Savatier, und Cass. civ. 1./2o.1o.1964, ICP 1965.II.1415o m. Anm. Rodière, Rev. trim. dr. civ. 1965,662 (beide Entscheidungen zum Falle, dass die gekaufte Flasche Limonade" Vittel-Délice" explodiert und die Käuferin am Auge verletzt,als diese gerade bezahlen will; unstreitig war Flascheninhalt durch die Beleuchtung der Auslagen erhitzt worden);
Paris 18.1.1957, ICP 1957.II.9944 m. Anm. Esmein und Cass. civ. 2./5.5.1959, ICP 1959.II.11159 (beide Entscheidungen betreffen den Verkauf eines Mittels für Kaltdauerwelle "Cadoricin", das bei besonders empfänglichen Personen zu schweren Hautausschlägen führt; Rechtsstreit sowohl im Verhältnis Lieferant-Friseur als auch im Verhältnis Friseur-Kundin; die Entscheidung der Cour de cassation betrifft nur noch das Verhältnis Lieferant-Friseur)

37) Anmerkung Rodière ICP 1965.II.14o22 zu Cass. civ. 2./19.11.1964

38) siehe oben S. 54

39) siehe Fn. 36

4o) Anmerkung Savatier zu Paris 14.2.1961 (Explosion der Limonadenflasche), Fn. 36

41) Fn. 36

42) Ficker a.a.O. S. 97, meint, dass auch die Entscheidung Paris 18.2.1957 (Cadoricin), Fn. 36, mit Sachmängelrecht hätte begründet werden kön-

Keine der genannten[43] Entscheidungen der Cour de cassation nimmt Stellung ob es sich bei der Sicherungspflicht um eine solche de résultat oder de moyens handele. Sehr instruktiv dagegen ist die Entscheidung Paris 18.12.1957 (Cadoricin)[44]; sie führt zunächst zum Verhältnis Friseur-Kundin - das, auch wenn es sich hierbei um einen Werk- oder Dienstvertrag handelt, hinsichtlich der Weitergabe des Mittels doch kaufrechtliche Elemente enthält - aus: "...qu'en réalisant une application d'un tel produit qui, dans l'esprit des parties ne comportait aucun aléa, et au cours de laquelle la cliente conserve une attitude purement passive, le coiffeur contractait à l'égard de sa cliente une obligation de sécurité déterminée" zum Verhältnis Hersteller - Friseur sagt sie: "...que la société Cadoricin en vendant aux coiffeurs une spécialité considérée par ceux-ci comme ne présentant aucun danger et sans attirer leur attention sur les risques de son application et ses conséquences allergiques, contracte à leur égard l'obligation déterminée de ne leur remettre que des produit sans aucune nocivité". Sonach ist entscheidend, dass der Verkäufer im Sinne einer obligation de résultat verpflichtet ist, eine unschädliche Sache zu liefern; hierbei ist viererlei bemerkenswert:

Es kommt erneut der schon wiederholt erwähnte Gesichtspunkt[45] ins Spiel, dass die Rechtsprechung bemüht ist, eine Anormalität der vom Schuldner bei der Vertragserfüllung benutzten oder übergebenen Sachen festzustellen, ohne danach vom Gläubiger noch den Nachweis einer hinter dieser anormalen Sachbeschaffenheit stehenden faute zu verlangen; die zitierte Entscheidung Paris 18.12.1957 nimmt im Gegensatz zu den meisten erwähnten Fällen nicht nur verdeckt, sondern offen eine obligation de résultat hinsichtlich der Freiheit von anormaler Sachbeschaffenheit an[46].

Zum anderen bleibt der Gesichtspunkt der obligation de résultat hinsichtlich der Normalität der zur Vertragserfüllung verwendeten Sachen nicht auf Sachmängel im kaufrechtstechnischen Sinne beschränkt, sondern er-

---

nen, was aber fraglich ist, da das Dauerwellenmittel normalerweise unschädlich war

43) Fn. 32

44) Fn. 32

45) s.u., S. 152, Fn. 5; s.o., S. 107 bei Fn. 24

46) ebenso die Entscheidung Paris 14.2.1961 (Explosion der Limonadenflasche siehe oben, Fn. 32, was sich daraus ergibt, dass sie von der Möglichkeit des Verkäufers zum Gegenbeweis von cause étrangère ausgeht; im Falle Paris 18.2.1957 (Cadoricin) hätte es allerdings der Feststellung einer obligation de résultat gar nicht bedurft, da unstrittig seit Jüngeren von medizinischer Seite auf die Gefährlichkeit des Mittels in besonderen Fällen hingewiesen war, so dass die Entscheidung in der Weitergabe des Mittels ohne entsprechende Warnung eine faute sehen konnte

streckt sich auf die Freiheit von Schädlichkeit[47] der gelieferten oder verwendeten Sache; ähnlich hat bereits Raape[48], als er aus § 694 BGB einen allgemeinen Grundsatz für die Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldens des Schuldners bei der Überlassung von Sachen von gefahrdrohender Beschaffenheit entnahm, die gefahrdrohende Beschaffenheit mit Schädlichkeit gleichgestellt, um nicht nur das Liefern einer fehlerhaften Kaufsache, sondern auch das eines aliud einbeziehen zu können.

Zum dritten läßt sich aus der Unterscheidung entnehmen, was als Grund angesehen wird für die Annahme einer obligation de résultat hinsichtlich der Sicherheit über den [illegible] verwendeten Sachen: die Übereinstimmung des Parteiwillens darüber, dass ein "aléa" hinsichtlich der Sicherheit des Gläubigers infolge der Verwendung der Sachen nicht besteht, sondern nicht mehr als Umstände vorliegen und [illegible] dem Gläubiger) bekannt sind[49].

Schliesslich zeigt sich, dass zusätzlich eine Aufklärung oder Warnungspflicht des Verkäufers herangezogen wird[50], die aber keinen selbständigen [illegible] einer obligation de sécurité darstellt, sondern [illegible] der Lieferung einer schädlichen Sache überhaupt bestand zu kennen, den Käufer auf die Schädlichkeit hinweisen kann.[51] Ausgehend von dem Grundsatz, dass solche Aufklärungs- und Warnungspflichten derselben Pflichtenkategorie zuzuordnen sind wie die Sicherheitspflicht, deren Ausfluss sie sind[52],

---

47) "nocivité" ist mit "Schädlichkeit zu übersetzen: Langenscheidts Taschenwörterbuch der französischen und deutschen Sprache 1. Teil, 1964, S. 324

48) Die Beweislast, AcP 147, S. 217 ff., 239, 245, 257

49) tatsächliches Risiko hinsichtlich des Sicherheitserfolges kann also entgegen der Vorstellung der Parteien vorliegen, und trotzdem kann es entsprechend der Parteivorstellung zu einer obligation de résultat kommen, wie die Entscheidung "Cadoricin" zum Verhältnis Friseur-Kundin zeigt

50) die letztinstanzliche Entscheidung der Cour de cassation zum Falle Cadoricin, Fn. 36, befasst sich nur noch mit der Frage dieser Aufklärungspflicht und erwähnt eine obligation de sécurité nicht mehr; vergl. ferner die von Demogue, De l'obligation du vendeur à raison des inconvénients de la chose, Rev. trim. dr. civ. 1923, 647 ff., diskutierte Entscheidung des Obersten Kanadischen Gerichtshofs vom 11.1o.1921, bei der es um die Aufklärungspflicht hinsichtlich der besonderen Gefährlichkeit eines Gewehres, das aber keinen Fehler aufwies, da es korrekt konstruiert und fabriziert war, ging

51) ebenso Raape, a. zuletzt a.O., S. 233 oben zu § 694 BGB und dem daraus nach seiner Meinung folgenden allgemeinen Gedanken

52) Besserve, De quelques difficultés soulevées par le contrat médical, ICP 1956.I.13o9, Nr. 22, für die ärztliche Aufklärungspflicht; dagegen freilich Nerson, Anm. S. 1953.1.45; siehe ferner das Beispiel oben S. 89, Fn. 57, aus dem Lehrer- Schülerverhältnis

muss auch die Aufklärungs- und Warnungspflicht als obligation de résultat angenommen werden mit der Folge, dass der Käufer eine faute bezüglich der Verletzung dieser Pflicht, insbesondere also, ob der Verkäufer die Gefährlichkeit kannte oder kennen musste, nicht nachzuweisen hat.[53] Demogue[54] kommt, allerdings mit einer anderen Begründung, zu demselben Ergebnis, indem er den für das Mängelrecht (art. 1645 C.c.) entwickelten Grundsatz, dass die Kenntnis des Mangels beim Hersteller und Lieferanten vermutet wird, auch für die Aufklärungspflicht hinsichtlich der Kenntnis von der Schädlichkeit oder besonderen Gefährlichkeit der Kaufsache anwendet[55].

b)[56]

Im Gegensatz zu den oben[57] erwähnten Fällen hat der verletzte Käufer hier einen Vertrag bereits geschlossen. Diese Sachverhalte gehören zu der Gruppe der Unfälle beim Verkehr in Geschäftsräumen von Gaststätten, Kinos und Bädern usw[58], bei der grundsätzlich nur eine obligation de moyens angenommen wird, weil der Kunde in der Bewegungsfreiheit und der Möglichkeit selbstschädigenden Verhaltens unbeschränkt ist. Savatier[59] meint denn auch, normalerweise werde die obligation de sécurité des Besitzers einer zu Zwecken des kaufmännischen Verkehrs dem Publikum offenstehenden Räumlichkeit nur eine "simple obligation de vigilance"

---

53) anders allerdings Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 843 (Nr. 993 a. E.), wonach es sich bei der Mitteilungspflicht des Verkäufers nur um eine obligation de moyens handelt

54) a.a.O. Rev. trim. dr. civ. 1923, S. 649

55) unerörtert bleibt in Rechtsprechung und Lehre folgender Widerspruch: Während für eigentliche Mängel nur der professionelle Verkäufer im Ergebnis haftet, auch wenn er den Mangel nicht kannte, scheint die Haftung aus der Verletzung einer obligation de sécurité résultat bei blosser Schädlichkeit der Sache auch für private Verkäufer zu gelten; jedenfalls ist nirgends eine Einschränkung dahingehend gemacht, dass diese obligation de sécurité auf den professionellen Verkäufer (und den Privatmann bei positiver Schädlichkeitskenntnis) beschränkt sei; allerdings handeln die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle der erwähnten obligation ce sécurité durchweg von professionellen Verkäufern

56) Paris 9.1.1961, D 1961.153 (Kind einer Kaufhauskundin zieht Spielzeug hinter sich her; 32-jährige andere Kundin, die (wohl) gerade zahlen will, stürzt über das Spielzeug; faute durch Verletzung einer obligation de sécurité moyens bejaht, weil der Unfall während der geschäftlichen Stosszeit infolge mangelhafter Beaufsichtigung der Geschäftsräume zustande gekommen sei; Haftungsteilung)

57) S. 52-54

58) s.o., S. 85,89,93,97,1o4; Esmein Anm. ICP 1963.II.133o7

59) Anm. ICP 1962.II.12547 zu der Entscheidung Paris 14.2.1961 (Explosion einer Limonadenflasche); dieser Fall zeigt deutlich, dass es reine Zufälligkeit ist, ob die schadensursächliche Sache gekaufte Sache ist oder nicht: der Fall hätte ohne weiteres so liegen können, dass die Käuferin beim Bezahlen von der explodierenden Flasche einer anderen Käuferin verletzt worden wäre

sein; die Möglichkeit, dass die obligation de sécurité moyens zumindest im Ergebnis eine obligation de résultat hinsichtlich der Mängelfreiheit der in den Räumen des Verkäufers befindlichen Sachen sei mit der Folge, dass der Käufer nur eine Sachanormalität als Schadensursache nachzuweisen braucht, wird zugestanden[60]. Eine Entscheidung des BGH vom 26.9.1961[61] zu einem Sachverhalt, bei dem eine Kaufhausbesucherin in der Textilabteilung auf einer Bananenschale ausgeglitten war, entspricht letzterem Grundsatz, indem die Entscheidung im Ergebnis genügen lässt, dass die Kundin nachweist, dass sie durch die Bananenschale, d.h. "einen objektiv verkehrswidrigen Zustand im Organisationsbereich des Warenhauses" zu Fall gebracht worden ist, wogegen der Verkäufer zu beweisen hat, dass er die "zur Vermeidung solcher Unfälle erforderlichen Organisations- und Überwachungsmassnahmen" getroffen hat[62].

II. Mietvertrag - Haftung des Vermieters[63]

Gemäss artt. 1719, 1721 haftet der Vermieter dem Mieter für die Mängelfreiheit der vermieteten Sache und auf Ersatz der sich aus eventuellen Mängeln ergebenden Schäden;[64] diese Haftung deckt nicht nur den

---

60) auch der Fall Paris, 14.2.1961 (explodierende Limonadenflasche) lässt das annehmen, wenngleich eine faute des Kaufhauses feststand, weil die Flasche zu nahe an der heißen Beleuchtung gelagert war

61) NJW 1962, 31 ff.; ähnlich RG Seuff.A., Bd. 88 (1934), Nr. 52 (Unfall mit Fahrstuhl im Kaufhaus)

62) die zitierte BGH-Entscheidung betrifft einen Unfall vor Vertragsschluss, aber es ist nicht zweifelhaft, dass ihre Grundsätze erst recht im Falle des schon geschlossenen Vertrages gelten würden

63) Überblick bei Mazeaud, Responsabilité , Bd. 1, S. 214, Fn.2 zu Nr. 16o, S. 217, Fn. a.E.; Bd. 2, S.387 ff., 394-397; Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 943-946 (Nr. 1116-112o); Frossard, La distinction, S. 2o1-2o6;
Cass. civ. 1./4.2.1957, Gaz. Pal. 1957.2.33 (Fensterbrüstung bricht, Sturz einer Mieterin aus dem Fenster); Montpellier, 4.1.1957, D 1957.somm.69 (schadhafter Balkon führt zu Verletzung eines Mieters); Dijon, 15.3.1933, D.H. 1933.34o = Gaz. Pal. 1933.1.1o22 (gemieteter Baum fällt auf die Strasse, Ersatzanspruch des Eigentümers eines damit kollidierenden PKWs, Regressanspruch des Mieters gegen Vermieter wegen des Schadens in Gestalt der Ersatzschuld gegen den PKW-Inhaber); Paris, 31.1o.1956, Gaz. Pal. 1956.2.351 (Aufzug eines Miethauses rast mit Mieter und dessen kleinen Töchtern in die Tiefe; letztere können aus dem Vertrag zu ihren Gunsten klagen); allgemein zum Verhältnis von Mängelgewährleistungsrecht und obligation de sécurité siehe oben, S. 5o,51,57,Fn. 84

64) art. 1721 C.c. lautet: "Il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail.
S'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur le bailleur est tenu de l'indemniser."

in der Mangelhaftigkeit der Mietsache liegenden Schaden, sondern auch Schäden an weiteren Rechtsgütern des Mieters[65].
Anders als im Kaufrecht kommt es nicht darauf an, ob der Vermieter den Mangel gekannt hat oder hat kennen müssen, kurz, ob ihn eine faute hinsichtlich des Mangels trifft; es handelt sich also, ebenso wie im deutschen Recht für anfängliche Mängel (§ 538 BGB), um eine Kausalhaftung aufgrund einer Garantiepflicht[66]. Anders als gem. § 538 BGB kommt es nicht darauf an, ob der Mangel der Mietsache vor oder nach Vertragsschluss entstanden ist[67].

Da also der Mieter nur einen Mangel der Mietsache als Schadensursache nachzuweisen hat[68], handelt es sich um einen gesetzlich geregelten Beispielsfall des immer wieder festgestellten Gedankens[69], dass den Schuldner hinsichtlich der Mangelfreiheit seiner bei und zur Vertragserfüllung verwendeten Sachen zumindest im Ergebnis eine obligation de sécurité résultat trifft; infolge des Gesetzeswortlauts ist hier darüber hinaus klar, dass es sich um eine obligation de résultat auch im Sinne des Einstandsaspektes handelt.
Mit diesem Gesichtspunkt der obligation de sécurité résultat (und der daraus zumindest resultierenden Beweislastverteilung) hinsichtlich der Mängelfreiheit der Mietsache stimmt die Entscheidung des BGH vom 16.1o.1963[7o] überein, die zu einem Fall erging, in dem aus Räumen, die über den gemieteten Geschäftsräumen lagen, Wasser in letztere eingedrungen war und dort gelagerte Ware beschädigt hatte, nachdem ein Wasserleitungshahn in den darüber liegenden Räumen während der Nacht nicht zugedreht gewesen war; nicht feststellen liess sich, wer den Hahn nicht ordnungsgemäss verschlossen hatte. D BGH entschied, dass der Vermieter nachweisen müsse, dass ihn hinsichtlich des Schliessens des Wasserleitungshahnes keine schuldhafte Versäumung seine

---

65) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 945 (nr. 1119); ebenso die Entscheidungen Fn. 63;
daneben kann sich der Mieter, wenn Mängel der Mietsache nicht im Spiele sind, der Verletzung einer obligation de sécurité im engen Sinne schuldig machen, beispielsweise hinsichtlich der Bewachung eines Mietshauses durch eine Concierge oder hinsichtlich der Aufklärung über besondere Gefahren der Mietsache, die einen Mangel nicht darstellen: Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 946 (nr. 1119)

66) Mazeaud, Lecons Bd. 3, 1. Aufl., S. 944 (nr. 1117); Montpellier 4.1.1957, Fn. 63,
vergl. aber art. 1725 C.c. wegen Eingriffen Dritter (wozu Mitmieter grundsätzlich nicht gehören: Frossard, La distinction, S. 2o4, Nr. 357)

67) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 944 (nr. 1116); Dijon 15.3.1933, Fn 63

68) siehe Frossard, La distinction, S. 2o2; Mazeaud, Responsabilité , Bd. 2, S. 394-396; Savatier, Anm. ICP 1959.II.11o46, I; Savatier, Anm. ICP 1963. II. 13159

69) s.u., S. 152 Fn. 5 (Weiterverweisung)

Sorgfaltspflichten treffe, was darauf hinausläuft, dass der Mieter als Schadensursache einen Mangel der Mietsache, nämlich die feuchtigkeitsdurchlässigen Mieträume, darzutun hatte und nicht mehr. Nicht ganz klar wird, warum die Entscheidung den Schadensersatzanspruch nicht auf § 538 I, 2.Alternative, BGB stützt; gleichwohl wird angesichts dieser Entscheidung - und in Annäherung an die entsprechenden Ergebnisse des französischen Rechts - anzunehmen sein, dass der Vermieter im 2. Falle von § 538 Abs. 1 BGB nachweisen muss, dass er den nachträglich eingetretenen Mangel nicht zu vertreten hat[71]. Stoll[72] interpretiert die genannte Entscheidung des BGH auf der Basis einer bereits erwähnten Unterscheidung von Mazeaud[73] dahingehend, dass die Wasserschäden die Folge von "dynamischen" Gefahren gewesen seien, denen gegenüber der Mieter passives Opfer ist, und denen eine obligation de résultat korrespondiere; Stoll lässt dann erkennen, dass er auch im Falle des Mieters "ruhende" Gefahren für möglich erachtet, insbesondere wenn sich der Mieter in den Mieträumen bewegt, denen lediglich eine obligation de moyens korrespondiere. Es scheint, als ob Stoll den entscheidenden Gesichtspunkt, nämlich den der Fehlerhaftigkeit der Mietsache als Schadensursache, verkenne; auch wenn der Mieter infolge defekter Treppe stürzt, muss er eine faute des Vermieters diesbezüglich nicht nachweisen.

III. Verwahrungsvertrag - Haftung des Hinterlegers

Gemäss art. 1947 C.c. hat der Hinterleger dem Verwahrer alle Schäden zu ersetzen, die ihm durch die verwahrte Sache entstehen; diese Vorschrift ähnelt der Haftung des Vermieters[74]. Anders als art. 1721 C.c. spricht art. 1947 C.c. nicht von Fehlern der hinterlegten Sache als Schadensursache; Mazeaud[75] scheinen einen Sachmangel ("vice") vorauszusetzen.

---

70) NJW 1964, 33 ff.

71) entgegen Palandt, 26. Auflage, Kommentar zum BGB, Anm. 3 zu § 538,und Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Auflage, Randnr. 13 zu § 538; anders möglicherweise, wenn der Mieter alleinige und extreme Herrschafts- und Einwirkungsbefugnisse hinsichtlich der gemieteten Sache hat (vergl. BGH Versicherungsrecht 1967, 4o2, allerdings nicht zum Falle eines Mietvertrages, sondern hinsichtlich der Einstellung von Privatgüterwagen bei der Bundesbahn); das entsprechende Beispiel Raapes, AcP 141, S. 257,lässt gleichfalls nicht sicher erkennen, ob § 538,I,2. Alternative BGB Anwendung finden soll

72) Die Beweislastverteilung, S. 548

73) s.o. S. 98

74) Mazeaud Responsabilité, Bd. 2, S. 392, Fn. 4 zu nr. 14o1

75) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 1214, nr. 15o4

Jedenfalls haftet der Hinterleger, anders als im Falle des § 694 BGB, auch wenn er den Mangel der Sache nicht kannte[76].

Raape leitet aus § 694 BGB, der dem Hinterleger den Nachweis der Schuldlosigkeit (d.h. in erster Linie der Unkenntnis und das Nichtkennenmüssen) bezüglich der Schädlichkeit der Sache auferlegt, auch für andere Vertragsarten (Kauf, Tausch, Dienst-,Werk- und Gesellschaftsvertrag) her, dass sie jeder, der an den Vertragsgegner eine Sache von gefahrdrohender Beschaffenheit ausgeliefert hat, exculpieren müsse, sofern die Sache beim Vertragsgegner einen Schaden hervorrief[77]. In der Tat lässt sich im deutschen Sachmangelrecht eine solche Beweislastverteilung allein aus § 694 BGB zuverlässig entnehmen; im französischen Recht dagegen kann ein solcher Grundsatz einen Anhaltspunkt ausserdem auch im Gewährleistungsrecht der Miete und des Kaufvertrages (zumindest in der von der Rechtsprechung zum professionellen Verkäufer gegebenen Auslegung) finden[78].

§ 3 Bei Vertragshaftung wegen Verletzung von vertraglichen Hauptpflichten, hinsichtlich welcher ein spezielles Mängelgewährleistungsrecht nicht besteht: louage d'ouvrage, mandat und Arztvertrag

Das französische Recht stellt im Bereich der (vom deutschen Recht her gesehen) Dienst- Werk- und Geschäftsbesorgungsverträge etwas andere Vertragstypen zur Verfügung als das deutsche Recht. Der contrat de louage d'ouvrage (artt. 1708, 1710, 1779 C.c.) als eine Vertragskategorie kennt drei Untertypen, den Transportvertrag[1] (art. 1779 Ziff. 2 C.c.), den Arbeitsvertrag (contrat de travail oder louage de services, art. 1779 Ziff. 1 C.c.) sowie den contrat d'entreprise (art. 1779 Ziff. 3 C.c.)[2].

---

76) Mazeaud, Lecons,Fn. 75

77) Raape, Die Beweislast, AcP 147, S. 217 ff., insbesondere 228-245, beruft sich auf die gesetzlichen Vorarbeiten (Prot. II.401; insoweit zustimmend Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Auflage, Randnr. 9 zu § 694), bei denen betont wurde, dass der Grundsatz des § 694 BGB auch auf andere Rechtsverhältnisse entsprechende Anwendung finden könnte; gegen eine Ableitung des Prinzips aus § 694 BGB Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 528, 529; der Fall BGH Versicherungsrecht 1967 402 (Einstellung eines Privatgüterwagens bei der Bundesbahn)spricht dafür, dass auch die Beweislastregelung gem. § 694 Ausnahmen kennen muss

78) weder im deutschen Recht noch im franz. Recht gibt es hinsichtlich der Sachmangelhaftung des Hinterlegers eine brauchbare Rechtsprechung, was prima facie dafür spricht, dass diese Vorschrift allein zur Ermittlung eines allgemeinen Prinzips nicht geeignet ist

1) s.o., S. 81 ff.

Der contrat de travail unterscheidet sich von dem contrat d'entreprise durch das Merkmal der Unselbständigkeit, d.h. der Weisungsunterworfenheit bei der Ausführung der Arbeit, wie im deutschen Recht der Arbeitsvertrag vom Dienstvertrag.[3] Dem contrat d'entreprise, der nach seinem Wortlaut in erster Linie die Herstellung einer beweglichen Sache oder die Errichtung eines Gebäudes im Auge hat[4], unterfallen, verglichen mit den Typen des deutschen Rechts, sowohl Dienst- als auch Werkverträge, beispielsweise, ausser der schon erwähnten Sachherstellung und Gebäudeerrichtung, Sachbearbeitung, Reparaturarbeiten, aber auch intellektuelle Tätigkeiten wie die der Rechtsanwälte, Privatlehrer, Architekten, Geschäftsführer einer Handelsgesellschaft[5]. Für den contrat de mandat (art. 1998 ff.) ist kennzeichnend nicht die Unentgeltlichkeit, sondern dass der Beauftragte als Vertreter des Auftraggebers bei der Vornahme von Rechtshandlungen auftritt; Architekt, Geschäftsführer und Anwalt handeln als "mandataire", wenn sie den Auftraggeber vertreten[6]. Der Arztvertrag schliesslich ist ein Vertrag "sui generis", der sich exakt keiner der vorerwähnten Vertragstypen zuordnen lässt.[7]
Der nachfolgende Überblick wird zum besseren Verständnis nicht nach den einzelnen vom französischen Recht zur Verfügung gestellten, sondern nach den im deutschen Recht bekannten Vertragstypen unterteilen und getrennt den Werkvertrag, den Dienstvertrag, den Arbeitsvertrag und den Arztvertrag behandeln. Dass das französische Recht nicht trennt zwischen Werk- und Dienstvertrag im Sinne des deutschen Rechts, erschwert es, aus der französischen Rechtsprechung zur Beweislastverteilung in Haftungsfällen aus diesem Gebiet insoweit einen Lösungsvorschlag für das deutsche Recht zu entnehmen; es kommt hinzu, dass die Rechtsprechung in Frankreich gerade auf diesem Gebiete nahezu keine Hinweise gibt, ob und warum sie obligation de résultat bzw. obligation de moyens annimmt.

---

2) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 1098, 1099

3) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 1100

4) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 1099

5) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 1099

6) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 1103

7) Gehring, Die ärztliche Aufklärungspflicht im franz. Recht, S. 23, mit weiteren Nachweisen

I. Werkvertrag[8] - Haftung des Werkunternehmers[9]

Es ist zu unterscheiden zwischen Fällen, bei denen der Schaden aus einem Mangel des Werkes resultiert (Verletzung der obligation de sécurité im weiteren Sinne[1o]) und solchen, bei denen das nicht der Fall ist (Verletzung einer obligation de sécurité im engen Sinne)[11].
Die Natur der verletzten obligation de sécurité im engen Sinne richtet sich nach verschiedenen Kriterien: Im Falle des Hautausschlages infolge Friseurbesuches ist massgebend dafür, dass die Pflicht des Friseurs de résultat ist, der Gesichtspunkt der zur Vertragserfüllung verwendeten Sachen, die fehlerfrei und unschädlich zu sein haben; die Entscheidung Paris 18.2.1957 fügt zur Begründung der obligation de résultat hinzu, dass die Kundin die Verwendung des Mittels "purement passive" über sich ergehen lassen müsse[12], was nichts anderes besagt, als dass das Legen einer Dauerwelle für den Friseur ohne Risiko hinsichtlich der körperlichen Unversehrtheit der Kundin ist. Im Falle des Beschlagens eines

---

8) Überblick bei Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 827, Fn. 1 zu Nr.7o6-1. Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Auflage, S. 115-13o; Frossard, La distinction S. 2o8-213

9) zum umgekehrten Falle der Haftung des Auftraggebers gegenüber einem in seinen Räumen arbeitenden Werkunternehmer vergl. Paris 14.4.1962, ICP 1964.II.13749 m. kritischer Anmerkung Martin (allerdings Annahme, dass keine vertragliche obligation de sécurité des Auftraggebers gegenüber Werkunternehmer bestehe); vergleichbarer Fall aus dem deutschen Recht: BGH, Versicherungsrecht 1959, 948 (Brücke, die zu Feld des Auftraggebers führt, bricht unter der Dreschmaschine des Werkunternehmers zusammen)

1o) siehe oben, S. 51;
Civ. 1./5.7.1956, D 1956.719 (mangelhafte Errichtung eines Fischteiches, so dass Auftraggeber Kosten für zeitweilige Ersatzbeschaffung aufwenden muss); Cass. civ. 1./1o.12.1956, ICP 1957.IV. 1o (unklarer Sachverhalt; nicht ordnungsgemässe Reparatur eines Traktors); Civ. 4.1.1958 und 19.5. 1958, ICP. 1958.II.1o8o8 (unergiebig; Installation einer Zentralheizung); Civ. 1./16.5.196o, D 196o.737 mit Anm. Tunc (aus Zeitdruck provisorische Reparatur eines KFZ, Verkehrsunfall infolge des wieder zum Durchbruch gekommenen Mangels am Fahrzeug; Abheben auf Aufklärungspflicht hinsichtlich des Zeitraumes, innerhalb dessen unbedingt gründliche Reparatur durchgeführt werden muss); Civ. 2.4.1963, D 1964.17 (mangelhafte Reparatur der Radaufhängung nach Unfall, so dass kurz darauf beim Fahren Reifen zerreist; Ersatz für den zerstörten Reifen geltend gemacht); Civ. 1./15.5.1962, Gaz. Pal.1962.2.1o1 (Architektenhaftung); Civ. 1./ 5.4.1965, ICP 1965.II.14261 mit Anmerkung Liet-Veaux, ICP 1965.I.1918 (Architektenhaftung; Decke eines Gebäudes stürzt ein)

11) Paris 18.2.1957, ICP 1957.II.994 m. Anm. Esmein (Hautausschlag infolge Verwendung des Dauerwellenmittels "Cadoricin"); Cass. civ. 12.1.195o, ICP 195o.II.5924 (Pferd verletzt sich beim Hufschmied tödlich, genauer Unfallhergang nicht bekannt; obligation de sécurité résultat); Cass. civ. 16.1.1951, ICP 1951.II.6163 m. Anm. Rodière (Stute geht im Anschluss an das Beschälen ein; obligation de sécurité moyens)

Pferdes und des Beschälens eines Pferdes ist massgebend das Verwahrungsvertragselement, das, abgesehen von dem besonders riskanten Falle des Beschälens, die Sicherungspflicht zur obligation de résultat stempelt[13].

Wie bereits erwähnt[14], kennt das französische Recht ein spezielles Werkmängelrecht nicht; lediglich für den Sonderfall der Errichtung eines Gebäudes lässt sich aus art. 1792 C.c. eine obligation de résultat der Architekten und Bauunternehmer hinsichtlich der Mängelfreiheit des Gebäudes entnehmen[15]; die Rechtsprechung legt diese Vorschrift als Regelung von Mangelfolgen sehr einschränkend aus: sie gilt nur für wirkliche Gebäudeerrichtung, nicht aber für Einrichtungs- und Wiederherstellungsarbeiten[16]; sie gilt ferner nach neuester Rechtsprechung nicht für die Haftung der Architekten[17]. Nach Meinung der Autoren besteht aber ein allgemeiner Grundsatz, wonach die Pflicht, "d'exécuter le travail et de l'exécuter sans malfacon, constitue une obligation de résultat"[18]. Der Auftraggeber soll nur die Schlechtausführungen ("malfacon") , nicht aber die zugrunde liegende faute des Unternehmers nachweisen müssen, und letzterer soll sich durch den Nachweis von cause étrangère entlasten können[19]. Ob die Rechtsprechung damit übereinstimmt, lässt sich nicht klar erkennen; die Entscheidungen scheinen - was in der Tat meistens korrespondieren dürfte - im festgestellten Werksmangel immer zugleich eine faute des Werkunternehmers zu sehen[20]; lediglich die Entscheidung

---

12) s.o., S. 112 (Zitat); aus der deutschen Rechtsprechung sind einschlägig und übereinstimmend RG 148, S. 148; LG. Hechingen, Versicherungsrecht 1963, S. 762; LG Braunschweig, MDR 1957, 226, die dem Friseur die Last des Nachweises sorgfältigen Verhaltens aufbürden, nachdem Verbrennungen, Haarausfall oder Hautausschläge als Folge einer Dauerwellenbehandlung feststanden

13) s.o., S. 101; aus dem deutschen Recht vergl. beispielsweise RG 150, 134 ff., besprochen bei Raape, Die Beweislast, AcP 147, S. 281, 282 (Reparaturunternehmer verletzt bei Probefahrt mit dem zu reparierenden KFZ Dritten, der sich an den Auftraggeber hält; letzterer nimmt Regress beim Reparaturunternehmer)

14) s.o., S. 51

15) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 1129 (nr. 1367); Frossard, La distinction, S. 213, sieht in der Bestimmung in erster Linie eine besondere Regelung der Verjährungsfrist

16) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 1130 (nr. 1367)

17) Civ. 1./5.4.1965, Fn. 10

18) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 1129 (nr. 1367), ferner S. 1115; ebenso Tunc, Anm. D 1960.737, Fn. 10; ebenso Savatier, Anm. ICP 1959. II.11046 unter I.

19) Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 1115 (nr. 1347)

20) beispielsweise Civ. 5.7.1956 (Fischteich); Civ. 10.12.1956 (Reparatur des Traktors), beide Fn. 10

der Cour de cassation vom 4.2.1963[21] (fehlerhafte Reparatur eines KFZ, weshalb Zerstören eines Reifens) lässt erkennen, dass sie hinsichtlich der mangelfreien Reparatur eine obligation de résultat annimmt, weil sie entgegen dem Vorderurteil Klagabweisung nur dann für möglich hält, wenn der Werkunternehmer "avait été empêché de remplir ses obligations résultant du contrat d'entreprise par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit". Als Begründung wird im Schrifttum angeführt, dass im allgemeinen nach der Vorstellung der Parteien das mangelfreie Werk zum Gegenstand der Leistung gemacht sei;[22] Savatier[23] begründet die obligation de résultat mit dem von ihm allgemein verwendeten Gesichtspunkt, dass jeder Schuldner, der eine Speziessache dem Gläubiger zu übergeben hat, für die durch die Mängel der Sache verursachten Schäden haftet, ohne dass faute nachgewiesen werden müsste; ersichtlich deckt die Begründung von Savatier nur den Fall, dass sich das Werk in einer Sache verkörpert, entspricht aber insoweit einem schon mehrfach festgestellten[24] Prinzip. Freilich sind Fälle denkbar, in denen der Mangel bzw. die Schädlichkeit der schadensverursachenden Sache, in der sich das Werk verkörpert hat, nicht identisch sind mit faute bzw. objektiver Pflichtwidrigkeit, wie ein vom BGH entschiedener Fall zeigt:[25] die gleichzeitige Verwendung von Kupferrohren und verzinkten Eisenrohren bei einer Warmwasserbereitungsanlage stellt wegen der Gefahr bestimmter chemischer Prozesse einen Mangel des Werkes dar, was aber unter Umständen zum Zeitpunkt des Einbaus der Anlage auch bei der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennbar war, weil das Phänomen bis dahin noch nicht bekannt gewesen ist; vergleichbar mit den vorstehend beschriebenen Grundsätzen des französischen Rechts nimmt der BGH an, dass die installierende Firma ihre "Schuldlosigkeit" darzutun hatte.

---

21) Fn. lo; die Entscheidung gibt kein Unterscheidungsmerkmal an

22) Frossard, La distinction, S. 2o9; Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 1115 (nr. 1347); man wird wohl hinzufügen müssen, dass die Mangelfreiheit des Werks nach Vorstellung der Parteien deswegen Gegenstand einer Leistungserfolgspflicht ist, weil mangels besonderer Umstände ein beachtliches Risiko für den Schuldner insoweit nicht zu sehen ist

23) Anmerkung a.a.O. (Fn. 18)

24) s.u.,S. 152, Fn. 5 mit Weiterverweisung

25) BGH 23, 288

Vor allem bei Werkleistungen, die sich nicht in einer Sache verkörpern[25 a)], zeigt sich, dass die genannten Grundsätze der Einschränkung bedürfen;[26)] um nicht verkörperte Werkleistungen handelt es sich beispielsweise beim Transport und ähnlichen Vorgängen (Skilift[27)], Schleppen von Lastkähnen[28)]), bei der Architektenleistung[29)], beim Beschälen einer Stute[30)]. Verschiedene Gesichtspunkte können hier dazu führen, dass die Werkleistungspflicht nur de moyens ist[31)]: Es können infolge der objektiven äusseren Umstände erhebliche Risiken hinsichtlich der Erreichung des Werkerfolges bestehen; so im Falle des Beschälens. Es können sich aus der Mitwirkung des Gläubigers, seiner rôle actif, solche Risiken ergeben; so beim Skischlepplift oder beim Schleppen von Kähnen[32)]. Bei dem der Entscheidung BGH 27, 236 zugrundeliegenden Sachverhalt (Schleppen von Kähnen auf dem Rhein) bestehen nicht nur die Risiken infolge der erforderlichen Mitwirkung des geschleppten Kahnes, sondern auch die sich aus den äusseren Umständen (andere Schiffe bei hoher Verkehrsdichte) ergebende Gefährdung des Erfolges sicheren Schleppens; das spricht dafür, lediglich eine obligation de moyens anzunehmen.[33)]
Bezüglich der Architektenhaftung entschied die Cour de cassation zunächst[34)], dass eine faute des Architekten nachzuweisen sei, jedenfalls, wenn es nur um die Verletzung der Pflicht des Architekten zur Aufsichtsführung über

---

25 a) Zur Unterscheidung zwischen Werkverträgen, die auf Herstellung stofflicher Werke gerichtet sind, und solchen, die auf Herstellung unkörperlicher Werke gerichtet sind, Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, S. 51-53

26) Frossard, La distinction, S. 209

27) s.o., S. 93

28) BGH 27, 236 aus dem deutschen Recht; ferner Trib. civ. Draguignan v. 31.3.1966 bei Durry, Rev. trim. dr. civ. 1966, 802, 803 (Schleppen eines Wasserskifahrers)

29) s.o., Fn. 10

30) s.o., Fn. 10; je nach dem Sachverhalt kann es sich hier um einen eigentlichen Werkmangel und nicht nur um die Verletzung einer obligation de sécurité im engen Sinne handeln

31) es wird nicht immer möglich sein zu sagen, dass es dabei nicht mehr um die Pflicht zur Erbringung eines mangelfreien Werkes, sondern um eine davon zu trennende Sicherungspflicht gehe; Rodière, Droit des transports, Bd. III/1, 1960, S. 62, und ICP 1952.I.907, Le régime légal, Nr. 12,31, nimmt beispielsweise an, dass die Pflicht zur Beförderung als solche und die Pflicht, dabei die Unversehrtheit des Fahrgastes zu gewährleisten, untrennbar seien

32) die Entscheidung Civ. comm. 7.2.1949.ICP 1949.II.4959, oben, S. 92, Fn. 7[6] (Schlepplift) weist insbesondere auf den wesentlichen Unterschied zwischen Transport und Schleppen hin

33) a.A. Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 546: obligation de résultat

34) Cass. civ. 15.5.1962, oben, Fn. 10

die einzelnen Bauunternehmer gehe; neuerdings wurde entschieden[35], dass der Architekt, der eine "profession libérale" ausübe, aus art. 1792 C.c. nicht "présumé responsable" sei, d.h., dass aus der Tatsache des Einsturzes des errichteten Gebäudes infolge eines Bauwerksmangels noch keine Last der Entlastung durch den Nachweis fehlender faute hinsichtlich des Architektenwerkes folge. Letzteres stimmt mit der deutschen Rechtsprechung überein, wonach ein festgestellter Mangel des Bauwerks nicht identisch zu sein braucht mit einem Mangel des Architektenwerks[36]. Aus der französischen Rechtsprechung lässt sich jedoch nicht entnehmen, ob nun dem Architekten immer, also auch im Falle von Planungsmängeln, faute nachgewiesen werden muss[37], oder ob zu differenzieren ist in der Weise, dass bei Planungsmängeln - was übereinstimmen würde mit dem Grundsatz, dass der Parteiwille normalerweise auf den Erfolg eines mangelfreien Werkes gerichtet ist - nur der Mangel, nicht aber eine dahinterstehende faute des Architekten vom Auftraggeber bewiesen werden muss[38], während hinsichtlich der Aufsichtstätigkeit und sonstiger Tätigkeit des Architekten mit Dienstleistungscharakter faute nachgewiesen werden muss[39]. Hinsichtlich des letzteren Falles der Aufsichtstätigkeit usw. würde dann die noch zu erörternde Erwägung, dass Dienstleistungen regelmässig, insbesondere aber, wenn nach den äusseren Umstände erhebliche Risiken hinsichtlich eines Leistungserfolges bestehen (Überwachung unabhängiger Dritter!), de moyens sind, Platz greifen.
Dem Grundsatz, dass, von Ausnahmen abgesehen, den Werkunternehmer eine obligation de résultat hinsichtlich der Mängelfreiheit des Werkes trifft, würde eine Beweislastregelung für Schadensersatzansprüche gemäss

---

35) Cass. civ. 5.4.1965, oben Fn. 1o

36) BGH 42,16; BGH 31, 224; BGH 28,251 hält allerdings in der Regel die nicht gehörige Architektenleistung schon durch das mangelhafte Bauwerk für nachgewiesen

37) in dieser Richtung für das deutsche Recht Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, 1966, S. 159

38) immerhin ist ein Auseinanderfallen von objektiver Pflichtwidrigkeit und Planungsmangel denkbar wie am Beispiel BGH 23, 288 ff. (Verwendung von Materialien, die zusammen schädliche chemische Prozesse hervorrufen) ersichtlich (oben S. 122)

39) neben der Aufsichtstätigkeit kommt das Einholen der Angebote und Vergeben der Aufträge in Betracht; BGH 31,224 bejaht das Dienst-

§ 635 BGB und für auf Werksmängeln beruhende Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung entsprechen, die den Beweis für das Nichtvertretenmüssen des Mangels dem Werkunternehmer auferlegt[40].

Entscheidungen des BGH gerade aus dem Werkvertragsbereich wird vorgeworfen, sie identifizierten mangelhafte Leistung des Werkunternehmers und Herrühren aus dessen Gefahrenkreis[41]. Soweit es sich bei den angezogenen Fällen[42] um mangelhafte Werkleistungen, die sich in Sachen verkörpert haben, handelt, passt der Gesichtspunkt der obligation de résultat hinsichtlich der Mangelfreiheit der vom Schuldner zur Erfüllung verwendeten Sachen; soweit es um Mängel unkörperlicher Werke geht, könnten die eingangs dieses Abschnitts dargestellten Erwägungen aus dem französischen Recht zeigen, welcher verwandte Gesichtspunkt sich hinter der Argumentation des BGH verbirgt: nämlich die Vorstellung der Parteien darüber, dass auch bei nicht verkörperten Werken die Mangelfreiheit als Leistungserfolg geschuldet wird, wenn nicht besondere Umstände ein erhebliches Risiko hinsichtlich dieses Leistungserfolges ergeben[43]. Es liegt aber nahe anzunehmen, dass diejenigen besonderen Umstände, die nach dem französischen Recht die obligation de résultat, also die auf Leistungserfolg gehende Pflicht, entfallen lassen - wie gesagt: insbesondere der aléa hinsichtlich des Leistungszieles - kennzeichnend sind dafür, dass dieses Leistungsziel nicht mehr im

---

leistungselement im Architektenvertrag, nimmt aber ein Überwiegen der Werkvertragselemente an; Palandt, Kommentar zum BGB, 26. Auflage, Anm. 2 a) der Einführung vor § 611: Architektenvertrag über blosse Bauleitung und örtliche Bauaufsicht ist Dienstvertrag

40) anders Palandt, der irrigerweise für § 635 BGB aus BGH 42, 16 ff. das Gegenteil entnimmt, und Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Auflage, Randnr. 12 zu § 635,sowie Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, S. 155; wie hier Raape, Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung, AcP 147, S. 279, 28o

41) Staudinger, Kommentar zum BGB, Randnr. 12 zu § 282; Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 521 unter Hinweis auf BGH Versicherungsrecht 196o, 344 (bei Auftauen einer gefrorenen Wasserleitung entsteht Brand), auf BGH Versicherungsrecht 1964, 632 (bei Betanken einer Ölheizungsanlage platzt Tankbehälter), auf BGH 23, 288 ff. (Einbau einer Warmwasserbereitungsanlage) und auf BGH 28, 251 ff. (Architekt, Feuchtigkeit der Hauswand)

42) Fn. 41

43) in den Fällen BGH Versicherungsrecht 196o, 344 (Auftauen) und

jedenfalls alleinigen Gefahrenkreis des Schuldners liegt[44]. Wenn also regelmässig die Parteien die Mangelfreiheit als Leistungserfolg vereinbaren, dann - in der Sprache der deutschen Rechtsprechung -, weil das im (alleinigen) Gefahrenkreis des Werkunternehmers liegt; insofern ist es richtig, wenn der BGH in diesen Fällen die Identifizierung von mangelhafter Leistung des Werkunternehmers und Herrühren aus dessen Gefahrenkreis vornimmt. Nur wenn das Ziel der Mangelfreiheit nach der Vorstellung der Parteien mit erheblichen Risiken behaftet ist, sich also nicht mehr im (alleinigen) Gefahrenkreis des Werkunternehmers befindet (vergleiche die oben genannten Beispiele[45]), dann ist das Werk als mangelfreies nicht mehr im Sinne eines Leistungserfolges geschuldet, auch wenn der Schadensfall innerhalb des 'Typus' eines Werkvertrages eintritt[46], und ist die erwähnte Identifizierung unzutreffend.

II. Dienstvertrag - Haftung des selbständigen Dienstverpflichteten

Hierher gehören sowohl Fälle aus dem Gebiet des contrat d'entreprise als auch aus dem des mandat salarié[47].

Die Rechtsprechung ergibt in der Regel nur dadurch, dass sie faute feststellt oder verneint, dass eine obligation de moyens der Dienstverpflichteten angenommen werde; noch seltener sind Begründungen dafür,

---

BGH 28,251 (zum Hausbau verwendete Klinkersteine fördern generell Feuchtigkeitsbildung) könnten freilich u.U. solche Risiken doch bestehen

44) s.auch unten, S. 181

45) S. 123, 124

46) die Frage, ob dann noch ein "Werk" geschuldet war, ist müssig

47) Überblick bei Brossard, La distinction, S. 169, 209, 230-233; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 834-836; 828,Fn. 1 zu Nr. 706-11; Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 1155 ff. (Nr. 1401 ff.)
Vertrag über Unternehmensorganisation: Civ. 1./21.12.1964, JCP 1965. II. 14005 mit Anm. ohne Namensnennung (die Organisationsberater hatten ungenügende Untersuchungen im Betrieb vorgenommen und deswegen Massnahmen empfohlen, die sich als schädlich erwiesen; faute festgestellt; Anm.: Obligation de moyens ohne Begründung);
Vertrag über Aufzugswartung: Paris 27.5.1961, Gaz. Pal. 1961.2.248 (gewarteter Aufzug stürzt mit Benutzer in die Tiefe, weil wesentlicher maschineller Teil des Aufzugs versagt; Regressanspruch des Hauseigentümers gegen den Wartungsunternehmer; obligation de moyens, faute bejaht); Paris 23.12.1953, Gaz. Pal. 1954.1.77 und Civ. 1./14.5.1956, JCP 1956.II.9421 mit Anmerkung J.S. (beide zum gleichen Falle; faute bejaht)

avoué und avocat: Die Anwaltstätigkeit ist in Frankreich aufgeteilt

warum es sich um obligation de moyens handeln soll. Soweit ersichtlich, gehen hierauf lediglich zwei Entscheidungen ein:
Paris, 27.5.1961[48] (Vertrag über Aufzugswartung) führt zu einem Fall, bei dem das Wartungsunternehmen nach dem Vertrage den Aufzug zu reinigen, zu schmieren und auf die Notwendigkeit von Reparaturen zu überwachen hatte, bei dem das Versagen eines im Erdboden versenkten Zylinders die Schadensursache war, und bei dem schliesslich das Wartungsunternehmen auf die Möglichkeit des Versagens des alten Zylinders vor einiger Zeit generell hingewiesen hatte, aus: "...que ses obligations...ne sont...déterminées dans leur résultat...que s'agissant d'appareils complexes et délicats, utilisés par des usagers nombreux et divers, sujet à des incidents techniques inopinés ou à des manipulations intempestives souvent ignorés..". Die Entscheidung hebt also auf den aléa des Wartungszieles ab, der aus den äusseren Umständen der Angelegenheit, insbesondere der unkontrollierbaren Einwirkungsmöglichkeit Dritter auf den empfindlichen Apparat folge.

Die Entscheidung Aix vom 6.2.1961[49] (avoué ersteigert Handelsgeschäft) formuliert: "que si l'avoué n'est pas tenu de conférer l'efficacité

---

zwischen avoué und avocat; ersterer ist nur Prozessvertreter der Parteien, letzterer plädiert und berät grundsätzlich nur, kann aber vor einzelnen Gerichten auch vertreten; Vertretungstätigkeit beider ist mandat, Plädieren und Beraten ist louage d'entreprise (Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 5. Auflage, S. 337, Nr. 433; Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 1103; Anm. Crémieu, D 1961.593); soweit der avocat plädiert und berät, ist strittig, ob Vertrags- oder Deliktshaftung (Lalou, a.a.O.); soweit avoué und avocat vertreten, Vertragshaftung aus Verletzung des mandat (Lalou, a.a.O.); Überblick zu avoué und avocat bei Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 595, 596; 601;
Civ. 1./2.4.1963 (avocat, Plädieren; avocat übergibt zusammen mit eigenem Schriftsatz die ungeordneten Aufzeichnungen des Klienten, der dies für Prozessverlust verantwortlich macht, faute ausdrücklich verneint); Aix, 5.7.1961, D. 1961.593 mit Anm. Crémieu (avocat als Prozessvertreter; Rechtsmittelfrist versäumt, Vertragsverletzung als mögliche Anspruchsgrundlage bejaht, faute verneint); Aix, 6.2.1961, D 1961.306 m. Anm. Savatier (avoué, mit Ersteigerung eines Handelsgeschäfts beauftragt, ersteigert, ohne Klienten von drohendem Ablauf des Mietvertrags über Geschäftsräume zu unterrichten; obligation de moyens, faute verneint); Cass. civ. 1./16.11.1964, D 1965.somm. 59 (avoué klagt für falsche Partei, faute bejaht);

Geschäftsführer eines Handelsgeschäfts: Civ. soc. 30.11.1945, D 1946. 155 (Barbetrieb, Kassen- oder Warenfehlbestand; obligation de résultat bejaht; Vertragstyp gemischt aus Arbeitsvertrag und mandat); Verkaufsauftrag an Autohändler: Cass. civ.1./1.6.1954, D. 1954.611 (Übergabe des Autos, Diebstahl des Autos, obligation de résultat bejaht, force majeure verneint)

48) s. Fn. 47

49) s. Fn. 47

à l'acte pour lequel il intervient, il est tenu d'une obligation de moyens, consistent en l'espèce à eclairer son client". Die Entscheidung scheint zu begründen, warum es sich um eine obligation de moyens des beauftragten avoué handelt; aber bei näherem Hinsehen zeigt sich, dass die angebliche Begründung ("avoué nicht verpflichtet, die Wirksamkeit des Aktes herbeizuführen, um den er sich bemüht") dasselbe sagt wie der Begriff der obligation de moyens, welche definitionsgemäss nur auf sorgfältiges Leistungshandeln im Hinblick auf das von den Parteien ins Auge gefasste Ziel gerichtet ist.

In der Lehre finden sich zwei im Anschluss darzustellende Meinungen, wobei die letztere ähnlich zu verfahren scheint wie das erwähnte Urteil Aix vom 6.2.1961. Mazeaud-Tunc[50] gehen von dem Grundsatz aus, dass der Code civil ursprünglich nur die obligation de résultat im Auge gehabt habe, und dass obligations de moyens Ausnahmen seien[51]; dementsprechend sei die Pflicht des Beauftragten nur dann de moyens, wenn bezüglich des Erfolges des Auftrags erhebliche Risiken bestünden; Fälle solcher erheblicher Risiken seien allerdings wesentlich häufiger als im Falle des Verwahrungs- oder Werkvertrages[52]. Nach der anderen Meinung sind Dienstleistungen grundsätzlich unbestimmt, weil der Dienstverpflichtete hinsichtlich des von den Parteien ins Auge gefassten Zieles Handlungs- und Entscheidungsfreiheit behalte und lediglich das Beste aus der Sache zu machen habe;[53] diese Meinung lässt Ausnahmen im Sinne einer obligation de résultat zu, wenn Gegenstand der Leistung ganz bestimmte und beschränkte Akte sein sollen wie beispielsweise das Unterzeichnen eines Vertrages in Vertretung, wenn die Bedingungen schon ausgehandelt sind, oder das Einkaufen von Lebensmitteln durch eine Hausangestellte[54].

Die Rechtsprechung nimmt, wie gesagt, kaum Stellung zu den Unterscheidungsmerkmalen; festgehalten kann werden, dass sie in der Mehrzahl der Entscheidungen zumindest stillschweigend von einer obligation de moyens

---

50) Responsabilité, Bd. 1, S. 834

51) s.o., S. 74

52) Mazeaud-Tunc beziehen sich zur Begründung ihrer Meinung auf die Urteile Civ. soc. 30.11.1945 und Civ. 1.6.1954, beide Fn. 47, aber diese weisen, wie zu zeigen sein wird, eine bestimmte Besonderheit auf

53) Frossard, La distinction S. 169, 231; Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl. S. 1155 (Nr. 1402); Starck, Essai d'une theorie générale de la responsabilité civile, 1947, S. 343, der, mehr noch als Frossard (S. 170,171) darauf abhebt, dass die Dienstleistung "par sa nature" obligation de moyens sei

des Dienstverpflichteten ausgeht. Lediglich die schon erwähnten Entscheidungen Civ. soc. 3o.11.1945[55] und Civ. 1.6.1954 [55] nehmen ohne weiteres eine obligation de résultat an; beide lassen sich damit erklären, dass die infrage stehenden Dienstleistungen verwahrungsvertragliche Elemente hinsichtlich der abhanden gekommenen Sachen aufweisen, woraus aufgrund schon erörterter Erwägungen[56] die Natur des verletzten Pflichtenausschnitts als de résultat folgt[57].

Man wird zusammenfassend vielleicht sagen können, dass die Dienstverpflichtung deswegen de moyens ist, weil entweder nach den äusseren Umständen bestimmte Risiken hinsichtlich des Erfolgs der Mission bestehen (beispielsweise bei der Aufzugswartung, evtl. bei der Unternehmensorganisation, aber auch bei der auf Aufsicht gerichteten Architektenpflicht) oder weil für den Dienstverpflichteten aus einer gewissen, von den Parteien von vornherein nicht zu behebenden, Unbestimmtheit hinsichtlich der zu erreichenden Ziele die Gefahr besteht, dass er etwas übersieht und nicht das Beste aus der Angelegenheit macht. Immer dann jedoch, wenn sich in der Obligation des Dienstverpflichteten ein auf Leistungserfolg gerichtetes Element, insbesondere aufgrund von Erwägungen zu anderen typischen Schuldinhalten (beispielsweise ein Verwahrungselement, ein Werkelement oder ein Sicherungselement wegen der Fehlerfreiheit der zur Vertragserfüllung verwendeten Sachen) ermitteln lässt, kommt die Verletzung einer obligation de résultat in Betracht.

Zieht man die Entscheidung des BGH 28, 251 (Architekt; Feuchtigkeit in der Hauswand), die den Grundsatz aufstellt, dass sich der Dienstverpflichtete jedenfalls für solche Vertragsverletzungen zu entlasten habe, die aus seinem Gefahrenkreis herrühren, zum Vergleich heran, dann ist zunächst vorauszuschicken, dass der BGH eine Erläuterung, wann die Vertragsverletzung im Gefahrenbereich des Dienstver-

---

[54] Frossard, La distinction, S. 231; Mazeaud, Lecons, Bd. 3, 1. Aufl., S. 1155

[55] Fn. 47

[56] siehe oben, S. lol

[57] zustimmend Stoll, Die Beweislastverteilung S. 555 unter Hinweis auf BGH 5, 23 u. BAG, AP Nr. 2o zu § 611 BGB

pflichteten liegt, nicht gibt; vielmehr bezieht sich die Entscheidung auf die frühere Entscheidung BGH 23,288 (Montage einer Warmwasserbereitungsanlage), die, wie gezeigt,[58] mangelhafte Leistung und Herrühren aus dem Gefahrenkreis des Schuldners identifiziert. Sodann ist zu erwägen: Abgesehen zunächst von der Frage, ob die Tatbestandsmerkmale, bezüglich deren Beweis die Beweislast zu verteilen ist - im französischen Recht die faute, nach der deutschen Rechtsprechung die subjektive Pflichtwidrigkeit (Schuld) - komparabel sind, liegt, wie bereits bei der Haftung des Werkunternehmers erwähnt[59], nahe, die Komparabilität der Kriterien, anhand deren im einen und im anderen Recht die Beweislasten hinsichtlich der fraglichen Tatbestandsmerkmale verteilt werden, zu bejahen und anzunehmen, dass diejenigen besonderen Umstände, die nach dem französischen Recht die obligation de résultat, also die auf Leistungserfolg gehende Pflicht, entfallen lassen, kennzeichnend dafür sind, dass das Leistungsziel nicht mehr im jedenfalls alleinigen Gefahrenkreis des Schuldners liegt. Bei den Dienstleistungen zeigt die französische Rechtsprechung aber, dass meistens solche obligation de résultat verhindernden und obligation de moyens begründenden Umstände vorliegen müssen, was beweist, dass Vertragsverletzung hinsichtlich Dienstleistungspflichten in der Regel eben nicht aus dem Gefahrenkreis des Dienstverpflichteten herrühren[60] es sei denn, sie würden in gewissen Elementen auf einen Leistungserfolg gerichtet sein[61]. Die sich aus BGH 28, 251 für den Dienstvertrag ergebende erwähnte Indentifizierung von mangelhafter Leistung und Herrühren aus dem Gefahrenkreis des Schuldners ist daher in dieser Allgemeinheit nicht richtig.

Die Entscheidung BGH 28, 251 zeigt ein weiteres: Aus der Tatsache des Bauwerksmangels wird - wohl im Wege des prima facie - Beweises -

---

58) siehe oben S. 125, 126

59) siehe oben S. 126

60) vergl. BAG NJW 1967, 269 = Der Betrieb 1967,45 = JZ 1967, 179 für den typischen Fall der gefahrgeneigten Arbeit; dazu unten S. 133, 134

61) auch hier ist die Frage, ob dann nicht beispielsweise eine Werkleistungspflicht vorliegt, müssig; es zeigt sich aber, dass der Typus des Vertrages, innerhalb dessen der Schadensfall auftritt, nicht massgebend ist (ebenso Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 555)

auf eine nichtgehörige Erfüllung der Architektenleistung geschlossen, wobei offen bleibt, ob ein Aufsichts- oder ein Planungsfehler des Architekten infrage steht. Zudem hatte das Berufungsgericht, wie sich aus den Gründen der BGH-Entscheidung ergibt, ausgeführt, der Architekt "hätte unwiderlegt geltend gemacht, dass die fragliche Mauer unter Anwendung aller Vorsichtsmassregeln mit einem Dichtungsmittel gebaut und abgedichtet sei; ein Verschulden des Architekten sei deshalb zu verneinen"; die sich aus diesen Ausführungen des Berufungsgerichts ergebende Beweislastverteilung, nämlich dass der Auftraggeber zu beweisen gehabt hätte, dass die fragliche Mauer nicht" "unter Anwendung aller Vorsichtsmassregeln mit einem Dichtungsmittel gebaut und abgedichtet sei", rügt der BGH; also muss angenommen werden, dass der Architekt nach Meinung des BGH nachzuweisen gehabt hätte, dass "die fragliche Mauer unter Anwendung aller Vorsichtsmassregeln mit einem Dichtungsmittel gebaut und abgedichtet sei". Damit wird vom Architekten aber in Wahrheit nichts anderes als der Nachweis verlangt, dass er objektiv pflichtgemäss gehandelt, gehörig erfüllt habe, in den Worten des französischen Rechts ausgedrückt: dass er keine faute begangen habe. Nach allem ist aber dem französischen Recht zu entnehmen, dass regelmässig dem Dienstverpflichteten die faute nachzuweisen ist, wenn die Dienstverpflichtung nicht Elemente einer Erfolgsschuld aufweist.[62]

III. Arbeitsvertrag - Haftung des Arbeitnehmers[63]

---

62) für das deutsche Recht hinsichtlich des Verschuldens ebenso Hainmüller, Der Anscheinsbeweis 1966, S. 159, bei bestimmten dienstvertraglichen Tätigkeiten (der Ärzte, Ingenieure, Architekten, Rechtsanwälte usw.);
die Entscheidung BAG NJW 1965, 71o (Misserfolg einer Lehrlingsausbildung) geht davon aus, dass der Lehrherr zu beweisen habe, dass ihn kein Verschulden an der festgestellten mangelhaften Ausbildung treffe; der Sachverhalt lag jedoch so, dass er eher um das Verschulden hinsichtlich des Nichterbringens der Ausbildung überhaupt, also ein erfolgsgerichtetes Leistungselement, ging

63) Überblick bei Frossard, La distinction S. 233-234;
Cass. soc. 3o.11.1945, D 1946.155 (Barbetrieb, Kassen- oder Warenfehlbestand); Cass. soc. 19.5.1958, Bull. civ. 1958 IV. Nr. 613, S. 456 (Unternehmen soll für einen Kunden Waren zu bestimmten Zeitpunkt exportieren, zuständiger Angestellter veranlasst das zu spät); Cass. soc. 19.5.1958, Bull. civ. 1958 IV. Nr. 612, S. 454 (Chef-Zeichner fertigt mangelhafte Zeichnung); Cass. soc. 27.11. 1958, D. 1959.2o mit Anm. Lindon (Arbeitnehmer stellt bestimmte Werkzeuge fehlerhaft her); Cass. soc. 27.5.1964, ICP 1965.II.14o56

Wie die genannten Fälle[64] zeigen, kommt sowohl Haftung für Beschädigung von Arbeitsgeräten als auch Haftung für Fehlbestände in einem den Arbeitnehmer anvertrauten Kassen- oder Lagerbestand als auch schliesslich für fehlerhafte Arbeitsergebnisse in Betracht. Dafür stellt die Rechtsprechung den Grundsatz auf, dass der Arbeitnehmer nur bei grober Fahrlässigkeit (faute lourde) hafte, die ihm vom Arbeitgeber nachgewiesen werden müsse[65]: "un salarié ne peut être tenu pour responsable vis-à-vis l'employeur du résultat défectueux de son travail que si sa facon de procéder révèle une faute lourde... Les juges du fond ne sauraient donc condamner ledit salarié en se bornant à déclarer que le salarié a l'obligation de veiller à la bonne conservation de l'outillage et qu'il ne peut s'exonérer qu'en la force majeure"[66].

Anders als durch die deutsche Rechtsprechung[67] wird der Ausschluss der Arbeitnehmerhaftung für bestimmte Fahrlässigkeitsgrade nicht auf sogenannte gefahrgeneigte Arbeit beschränkt, sondern gilt grundsätzlich für jedes schädigende Verhalten des Arbeitnehmers[68]. eine Ausnahme wird im Ergebnis für Fälle von Manko-Haftung gemacht[69], was sich aus dem insoweit bestehenden Verwahrungs-, also auf Leistungserfolg gerichteten, Element der verletzten Dienstpflicht erklärt.[70]

Die Rechtsprechung begründet weder die Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers auf faute lourde[71] noch die Qualifizierung der Pflicht des Arbeitnehmers zur ordnungsgemässen Erfüllung als de moyens.

(LKW-Fahrer beschädigt LKW durch unsachgemässe Behandlung der Abladevorrichtung)

64) vorige Fussnote

65) so alle Fn. 63 zitierten Urteile ausser Cass. soc. 3o.11.1945

66) Cass. soc. 27.5.1964, Fn. 63 (angestellter Kraftfahrer beschädigt LKW des Arbeitgebers)

67) BAG JZ 1967,S. 179 = NJW 1967, 269; Überblick bei Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Anm. A 9o5-92o zu § 242; wie die franz. Rechtsprechung jedoch LArbG. Frankfurt NJW 65, 788,u. LArbG. Baden-Württemberg, BB 1965,11o8

68) Frossard, La distinction, S. 235; ablehnend Frossard a.a.O.

69) Cass. soc. 3o.11.1945, Fn. 63; siehe schon oben, S. 129

7o) zustimmend Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 555, wozu aber zu bemerken ist, dass die Tätigkeit der Kassenführung und Lagerverwaltung im allgemeinen als schadensgeneigte Arbeit bezeichnet wird (Staudinger, a. zuletzt a.O. Anm. A 9o9), was, siehe unten, S. 134, für Annahme einer obligation de moyens spricht; es wird auf die Umstände des Falles ankommen, insbesondere darauf, ob der zur Rechenschaft gezogene Arbeitnehmer allein Zugang zu dem Bestande hatte oder nicht (vergl. BAG, BB 196o, 94o; hier auch

Nach Lindon[73] ist der Grund dafür, dass der Arbeitnehmer nur für faute lourde haftet, darin zu sehen, dass Schädigungen des Arbeitgebers infolge leichter Nachlässigkeiten der Arbeitnehmer zum Risiko des ersteren gehörten, das dieser zu tragen habe, wie er auch die Vorteile daraus ziehe[74]; die naheliegende Schlussfolgerung zur Begründung der Natur der Arbeitnehmerpflichten als de moyens, dass nämlich infolge dieser hiernach jedem Betrieb immanenten Risiken (aléa!) eine obligation de résultat nicht in Betracht komme, zieht Lindon nicht. Frossard[75] dagegen schlägt mit Recht auch bezüglich der Arbeitnehmerpflichten und der entsprechenden Beweislastverteilung Differenzierungen vor[76] und ordnet entsprechend seinem Kriterium wie beim selbständigen Dienstvertrag[77] die Pflicht des Arbeitnehmers zur ordnungsgemässen Erfüllung aufgrund ihres unbestimmten Leistungsinhaltes den obligations de moyens zu, sofern nicht der Arbeitnehmer die Weisung erhalten habe, einen "acte parfaitement déterminée" vorzunehmen. Zutreffend dürfte auch hier die Unterscheidung danach sein, ob der aléa hinsichtlich des vorgestellten Ergebnisses der Dienstleistung so beachtlich ist, dass es sich nur um eine obligation de moyens handeln kann. Das BAG [78] hat damit übereinstimmend neuerdings "jedenfalls bei gefahrgeneigter Arbeit"[79] angenommen, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Schuld hinsichtlich der positiven Vertragsverletzung nachweisen müsse, und dass § 282 BGB keine Anwendung finden könne. Das BAG begründet das folgendermassen: "Die Regelung des § 282 BGB....findet ihre Rechtfertigung für den Fall der positiven

---

zum Verhältnis Unmöglichkeit - positive Vertragsverletzung in diesen Fällen)

71) Frossard, La distinction, S. 235

72) dazu, dass die Pflicht des Arbeitnehmers, überhaupt die Arbeit aufzunehmen, de résultat ist: Frossard, La distinction, S. 234 (Nr. 406)

73) Anm. D 1959.20, Fn. 63

74) ablehnend Frossard, La distinction, S. 235

75) La distinction, S. 234, 235

76) so für das deutsche Recht auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd.1,1963, S. 230, Nr. 33 a, anders noch 6. Aufl., S. 211 (Arbeitgeber hat immer Verschulden des Arbeitnehmers nachzuweisen); die Entscheidung BAG NJW 1957, 647 (entsprechende Anwendung von § 282 BGB) besagt hinsichtlich der Beweislast für den spezifischen Fall des Arbeitnehmerverschuldens im Betrieb in Wahrheit nichts, da es um den Verstoss einer Gewerkschaft gegen die tarifliche Friedenspflicht ging und überdies das Verschulden festgestellt war; für grundsätzliche Beweislast des Arbeitgebers auch BAG AP Nr. 5 zu § 549 ZPO

77) siehe oben, S. 128

78) NJW 1967, 269 = JZ 1967, 179 (Arbeitnehmer als Fahrer eines mit 23 t Zement beladenen Sattelschleppers kommt von der Strasse ab)

Vertragsverletzung in der Erwägung, dass die Schadensursache aus dem Gefahrenbereich des Schuldners, hier also des Arbeitnehmers, hervorgegangen ist. Die Grundsätze über die Haftung bei gefahrgeneigter Arbeit beruhen aber gerade auf der Erwägung, dass in diesen Fällen die Schadensursache ohne weiteres eben in der Gefahrgeneigtheit der Arbeit liegen kann....Dass der Arbeitgeber auf die Bewältigung gefahrgeneigter Arbeit durch seine Arbeitnehmer angewiesen ist..., gehört auch hinsichtlich der sich hieraus ergebenden Folgen zu seinem Gefahrenbereich und zu seinem Betriebsrisiko. Die gedanklichen Grundlagen des § 282 BGB, die zur Auferlegung der Beweislast auf den Schuldner geführt haben, sind somit im Falle des mit einer gefahrgeneigten Arbeit betrauten Arbeitnehmers für den Fall der positiven Vertragsverletzung nicht gegeben."

Die Begründung hält den sozusagen klassischen Fall fest, bei dem eine Dienstvertragsverletzung nicht im (jedenfalls alleinigen) Gefahrenbereich des Dienstverpflichteten liegt[80], weil die objektiven Umstände, die die Leistung umgeben (" die Gefahrgeneigtheit der Arbeit") und der Gefahrenbereich des Gläubigers (Dienstberechtigten) mit im Spiele sind. Das muss auch für Arbeitsvorgänge gelten, die an sich Werkleistungscharakter haben, wie im Falle Cass. soc. 27.11.1958 (fehlerhafte Herstellung von Werkzeugen)[63]. Gefahrengeneigte Arbeit liegt vor, "wenn die Eigenart der vom Arbeitnehmer zu leistenden Dienste es mit grosser Wahrscheinlichkeit mit sich bringt, dass auch dem sorgfältigen Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterlaufen";[81] das Vorliegen von gefahrengeneigter Arbeit besagt also nichts anderes, als dass der aléa hinsichtlich des Erfolges der Dienstleistung erheblich ist, so dass eine obligation de moyens angenommen werden muss. Hier wird deutlich, dass das von der französischen Rechtsprechung vorwiegend verwendete Merkmal der Unterscheidung zwischen obligation de moyens und obligation de résultat, nämlich der aléa, die Kehrseite des von der deutschen Rechtsprechung verwendeten Merkmals des Gefahrenbereichs des Schuldners

---

79) die Entscheidung lässt offen, ob und,wenn ja, wann einmal das Gegenteil anzunehmen wäre

80) womit Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Auflage, Randnr. 12 zu § 282: "wenn aber die Schadensursache eine positive Vertragsverletzung durch den Schuldner darstellt, so ist nicht recht vorstellbar, wie sie nicht in seinem Gefahrenkreis liegen könnte" widerlegt wird

81) BAG JZ 1967, 179 = NJW 1967, 269

ist: wo der (erhebliche) aléa beginnt, endet der (jedenfalls alleinige) Gefahrenbereich des Schuldners.

IV. Arzthaftung[82]

1. Verletzung von obligation de moyens

In Betracht kommen sowohl aus der eigentlichen ärztlichen Behandlung herrührende Schäden, und zwar ohne oder mit ursächlicher Beteiligung ärztlicher Geräte und Medikamente, als auch Schadensfälle im Zusammenhang mit ärztlichen Hilfstätigkeiten, wie der Erstellung von Analysen und der Versorgung in Krankenanstalten, als auch schliesslich Schadensfälle aus dem "Kontaktbereich"[83] zwischen Arzt und Patient, beispielsweise bei einem Sturz des Patienten im Wartezimmer. Eine klare Trennung zwischen den bei eigentlichen Behandlungsfehlern verletzten und den bei sonstigen Schädigungen verletzten Pflichten wird meistens nicht vorgenommen; so ergibt der Zusammenhang einer Entscheidung der Cour de cassation vom 3o.1o.1962[84], dass sie die Pflicht, die möglicherweise verletzt wird, wenn der Patient beim Heruntersteigen vom Behandlungstisch stürzt, nicht unterscheidet von den einen Arzt hinsichtlich der Behandlung betreffenden Obliegenheiten[85].

Seit dem berühmten Urteil der Cour de cassation vom 2o.5.1936[86], mit der die Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens erstmals höchstrichterlich anerkannt wurde, gilt in der Rechtsprechung der Grundsatz[87], dass der Arzt lediglich die Pflicht übernimmt, "de se comporter avec prudence et diligence dans les soins, qu'il donne"[88]; dieser Grundsatz ist so wenig streitig,

---

82) Überblick bei Frossard, La distinction, S. 213-23o; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 183-188, 211, 212; 575-594 (mit Zusammenstellung der überaus reichhaltigen Rechtsprechung); Gehring, Die ärztliche Aufklärungspflicht im französischen Recht, insbesondere §§ 2,17-22

83) Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, 1965, S. 8o

84) Civ. 1./ICP 1962.II.12924 m. Anm. Savatier = D 1963.58 m. Anm. Esmein

85) dagegen Esmein, a. zuletzt a.O.; Mazeaud, Lecons, 1. Auflage, Bd. 2, S. 321, wiederum nehmen keine Trennung vor unter Hinweis darauf, dass der Arzt zugleich mit der Übernahme der Behandlungspflicht eine obligation de sécurité eingehe, die in diesem Fall obligation principale sei; Mazeaud-Tunc, Responsabilité, Bd. 1, S. 211, allerdings trennen zwischen der obligation de soins und einer obligation de sécurité des Arztes

86) siehe S. 15, Fn. 38

87) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 185

88) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 187; aus der Rechtsprechung: Civ. 2o.5.1936: s.o., S. 15, Fn. 38 (Hautschäden infolge Bestrahlung ohne nötige Sicherheitsmassnahmen; faute bejaht); Civ. 27.7.1939, S. 1939.1.73 m. Anm. Morel (Hautschäden infolge Bestrahlung nicht kranker Stellen mangels ausreichender Sicherheitsmassnahmen; faute

dass die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, nirgends eine Begründung gibt. In einem gewissen Widerspruch zu der Annahme einer obligation de résultat hinsichtlich des Hütens von ganz kleinen Kindern[89] nimmt die Rechtsprechung selbst hinsichtlich der Aufsicht über in Kliniken befindliche Geisteskranke an, dass die Anstalt insoweit verpflichtet ist "seulement à une obligation de moyens et non de résultat"[90]. Das wird damit begründet, dass die Obhutspflicht der Kliniken so sehr von der ärztlichen Tätigkeit beeinflusst und abhängig sei, dass die in der Annahme einer obligation de moyens zum Ausdruck kommende "immunité medicale"[91] auch ihnen zugute kommen müsse.[92] Die Bestimmung des Pflichteninhalts als de moyens wegen einer dahinterstehenden ärztlichen Tätigkeit wird soweit getrieben, dass von dem schon erwähnten Urteil der Cour de cassation vom 3o.1o.1962[93] zu dem Falle, dass ein Patient beim Verlassen

---

bejaht); Req. 29.1o.1946, Gaz. Pal. 1947.1.57 (infolge Bestrahlung ohne ausreichende Sicherheitsmassnahmen Schenkelamputation erforderlich; faute bejaht); Civ. 13.7.1949, ICP 195o.II.5716 (2. Fall) m. Anm. Brunet (Hautschäden bei ärztlich indizierter Bestrahlung; faute nicht festgestellt);
Angers, 4.3.1947, D 1948.2.298 m. Anm. Savatier (Diagnosefehler, aber faute verneint wegen extremer Sachlage; Verurteilung wegen mangelnder Aufklärung des Patienten; Verurteilung endgültig aufgehoben durch Cass. civ. 29.5.1951, D 1951.53: Patient muss auch mangelnde Aufklärung nachweisen);
Paris 8.1o.1949, ICP 195o.II 5716, 4. Fall (einem Zahnarzt rutscht Schleifgerät aus und verletzt Patient; faute verneint; dagegen Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 584, Fn 5); Paris 4.5.1963, ICP 1963.II.13291, besprochen von Tunc, Rev. trim. dr. civ. 1964, 96 (Bohrer des Zahnarztes durchbohrt die Zunge des Patienten, faute bejaht; die Vorderrichter, Trib. gr. inst. Meaux, 13.12.1961, Gaz.Pal. 1962.2.44 hatten hinsichtlich der Handhabung des gefährlichen Geräts eine obligation de sécurité résultat des Zahnarztes angenommen, was Paris ablehnte)

89) s.o., S. 1o3

9o) Civ. 1./2.3.1964, Gaz. Pal. 1964.1.3o4 (Schizophrener springt aus Fenster eines psychiatrischen Krankenhauses und verletzt sich; faute verneint); ebenso: Civ. 1./11.7.1961, Gaz. Pal. 1961.2.317 (Sachverhalt wie vorige Entscheidung); Civ. 1./11.6.1963, D 1964.somm. 4 (Kranker versucht aus Entlüftungsfenster einer Nervenklinik zu entkommen und verletzt sich; die Besprechung Tunc, Rev. trim. dr. civ. 1964, 98, meint, die Cour nähme in Wahrheit eine obligation de résultat an); Trib. civ. Rennes, 21.11.1955, ICP 1956.II.9326 m. Anm. Savatier (nach Selbstmordversuch in Nervenklinik eingelieferte Kranke stürzt sich vom Balkon; faute wegen der besonderen Umstände verneint);
ferner Civ. 6.8.1945, Gaz. Pal. 1945,2.99 (im Fieberdelirium springt Kranker aus dem Fenster, zwei Pfleger konnten ihn nicht halten; faute verneint)

91) Anm. Savatier, ICP 1966.II 14582 unter II

92) Rennes 21.11.1955, Fn. 88 ; Savatier, Anm. ICP 1959.II.11o46 unter II; a.A. Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 212

des ärztlichen Untersuchtungstisches infolge Wegrutschens eines Hockers stürzt, Verletzung einer obligation de moyens wegen des Zusammenhangs des Vorganges mit dem "acte médical" angenommen wird; in der Anmerkung zu diesem Urteil[93] weist Esmein mit Recht darauf hin, dass es sich um eine obligation de sécurité aus der schon erwähnten Gruppe der Hotels, Kinos, Bäder usw. hinsichtlich der Sicherheit der in den Geschäftsräumen zirkulierenden Kunden handele[94], die angesichts der uneingeschränkten Bewegungsfreiheit des Geschädigten dessen Selbstschädigung infolge eigener Ungeschicklichkeit nahe lege.[95]

Dass die ärztlichen Pflichten grundsätzlich de moyens sind, wird vom Schrifttum damit begründet, dass die Heilungs- und Sicherheitsrisiken angesichts der natürlichen Unvollkommenheit der medizinischen Kunst und der Abhängigkeit von der physischen und psychischen Widerstandsfähigkeit des einzelnen Kranken zu gross sind, als dass ein "aléa important" verneint werden könnte[96].

Die deutsche Rechtsprechung[97] stimmt mit diesen Ergebnissen des französischen Rechts stark überein[98]: Grundsätzlich muss der geschädigte Patient die Vertragsverletzung, das Verschulden des Arztes und den Kausalzusammenhang zwischen der schuldhaften Vertragsverletzung und dem Schaden nachweisen; § 282 BGB wird nicht entsprechend angewendet[99].

---

93) siehe oben, Fn. 84

94) s.S. 114, Fn. 58,und die Anm. Esmein ICP 1963.II.13307

95) in einem vergleichbaren Fall aus dem deutschen Recht, RG Warn. 1930, 312 (Patient wird im Wartezimmer verletzt durch Zerplatzen eines in den Aschekasten geworfenen Fläschchens), käme, wie auch sonst in den Fällen dieser Gruppe, eine auf die Mangelfreiheit der Schuldnersachen beschränkte obligation de résultat in Betracht

96) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 118; Esmein,Anm. ICP 1963.II. 13307; Anm. Morel, S 1939.1.73, s.o., Fn. 88; anders Frossard, La distinction, S. 215; nicht festgelegte Tätigkeit des Arztes, die weiten Entscheidungs- und Handlungsspielraum lässt

97) RG JW 1933, 2701; RG JW 1935, 3540 (" hat der Kläger grundsätzlich die Beweislast sowohl hinsichtlich des Verschuldens als auch hinsichtlich der Kausalität"; Strahlenschäden); RG 78,432 ff. (Lähmung von Gesichts- und Gehörnerven infolge Gehörgangsoperation); BGH 4, 138 ff. ("richtig, dass die Beklagte, wenn ihrem Arzt ein ärztlicher Kunstfehler zur Last gelegt wird, in aller Regel nicht die Schuldlosigkeit des Arztes beweisen muss, sondern dass die Klägerin das Verschulden zu beweisen hat"; Zurücklassen einer Adernklemme in der Operationswunde)

98) Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 553,554

99) ebenso Reichsgerichtsrätekommentar z. BGB, 11. Aufl., Anm. 53 zur Vorbemerkung vor §§ 249-255, Anm. 4 zu § 282, Anm. 18 des Anhangs zu § 326; Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, S. 158, 159 (" als Ausnahme" von der grundsätzlichen analogen Anwendung des § 282 BGB); unzutreffend Palandt, Kommentar zum BGB, 26. Auflage, Anm. 1 zu § 282, Anm. 8 der Vorbemerkung vor § 249;

Die hierfür gegebene Begründung, dass nämlich "der Ablauf biologischer und physiologischer Vorgänge im lebenden Organismus nach dem heutigen Stand der Wissenschaft mit menschlichen Erkenntnismitteln kaum jemals mit Sicherheit ergründet werden kann"[100], stimmt ebenfalls mit den in Frankreich anzutreffenden Formulierungen überein. Eine Entscheidung des BGH vom 21.12.1955[101] bemerkt treffend: "der Arzt kann nicht lediglich deshalb für aufklärungspflichtig erachtet werden, weil es im Anschluss an seine Behandlung, also in weiterem Sinne in seinem Bereich zu einem schädigenden Erfolg gekommen ist. Er hat häufig keine bessere Aufklärungsmöglichkeit als der verletzte Patient. Die Gründe, die in einzelnen Rechtsgebieten dazu geführt haben, den Schuldner zu verpflichten, das aufzuklären, was in seinem Bereich geschehen ist, treffen für die ärztliche Behandlung nicht im gleichen Maße zu."
Der Vergleich der beiden letzten Zitate ergibt, dass der "Bereich im engeren Sinne" - sonst "Gefahrenbereich" genannt - dort endet, wo die Unsicherheit hinsichtlich des Ablaufes biologischer und physiologischer Vorgänge einen erheblichen "aléa" hinsichtlich des Heilungs- und Sicherungserfolges begründet.

2. Verletzung einer obligation de résultat

Seit einigen Jahren[102] findet der Grundsatz, dass bei Schadensfällen im ärztlichen Bereich im weitesten Sinne nur die Verletzung einer obligation de moyens in Betracht komme, in der Rechtsprechung[103], unterstützt vom Schrifttum[104], in bestimmten Fällen eine Einschränkung, in denen dann die faute des Arztes vom geschädigten Patienten nicht nachgewiesen werden muss.

---

wegen Sondergesichtspunkten hinsichtlich des Beweises des Kausalzusammenhangs zwischen Vertragsverletzung und Schädigung vergl. Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 55o-552; Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, S. 16o-161; Kleinewefers und Wilts, Die Beweislast für die Ursächlichkeit ärztlicher Kunstfehler, Versicherungsrecht 1967, S. 617 ff.

100) RG HRR 1937, Nr. 13o1, zitiert bei Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 55

101) LM Nr. C 25 zu § 286 ZPO (Misslingen einer Operation von sogenannten schnellenden Fingern, so dass Verkrüppelung und Gebrauchsunfähigkeit der Hände eintritt)

102) Frossard, La distinction, S. 217

103) Trib. gr. inst. Seine, 3.3.1965, ICP 1966.II.14582 m. Anm. Savatier (infolge Explodierens eines Narkosegeräts wird Patient auf dem Operationstisch getötet): "s'ils ne sont pas tenus de guérir l'opéré, s'engagent du moins à ne lui point occasionner un dommage s'ajoutant au mal pour lequel il est venu à eux et sans rapport avec ce dernier"; Civ. 1./28.6.196o, ICP 196o.II.11787 (Hautschädigung bei Bestrahlung, weil, was durch Sachverständigengutachten festgestellt war, ein Fehler des benutzten Geräts, Lockern einer Schraube o.ä., vorlag);

Es handelt sich, wie die Beispiele[1o5] zeigen, um die Verwendung mangelhafter medizinischer Geräte (Bestrahlungsgeräte, Narkoseapparat[1o6]), um Verwendung fehlerhafter Medikamente (verwechseltes oder schlechtes Serum, syphilitisches Blut) und schliesslich um fehlerhafte medizinische Hilfstätigkeiten (Blutgruppenbestimmung, Auszählung von Blutkörperchen[1o7]).
Zur Annahme einer obligation de résultat des Arztes in diesen Fällen führen zwei Gedankengänge, die bereits innerhalb anderer Vertragstypen aufgezeigt wurden:
Einmal kommt der Gesichtspunkt zum Zuge, dass, wenn der Schaden verursacht ist durch Fehler der Sachen, deren sich der Schuldner zur Vertragserfüllung bedient hat, eine dahinterstehende faute vom Geschädigten nicht bewiesen werden muss (mindestens im Ergebnis eine auf die Fehlerfreiheit dieser Sachen beschränkte obligation de résultat). Im Fall des defekten Bestrahlungsgerätes formuliert die Cour de cassation nur undeutlich[1o8]: "Mais les juges peuvent déduire la faute de celui-ci de la défaillance de son appareillage..."; diese Formulierung deutet eher auf einen Beweis des ersten Anscheins hin, aber Savatier[1o9] meint, dass die Cour de cassation die obligation de résultat bei dieser Entscheidung "geahnt" habe.

Civ. 1./4.2.1959, ICP.1959.II.11o46 m. Anm. Savatier und m. Anm. Tunc Rev. tr. dr. civ. 1961, 112 (nr. 18) (im Krankenhaus wird Serum in den Oberschenkel eines Patienten injiziert, Infektion, Eingriff in den Oberschenkel mit verbleibenden Schäden erforderlich; festgestellt war, dass der Schaden beruhte entweder auf Verwechslung der Ampulle durch die Nachtschwester oder auf Verwechslung der Ampulle durch Fabrikant oder auf Veränderung des Serums durch ungenügende Sterilisierung seitens des Fabrikanten); Civ. 2./17.12.1954, ICP 1955.II.849o m. Anm. Savatier = D 1955.269 m. Anm. Rodière (im Krankenhaus wird Blut eines syphilitischen Spenders übertragen, das Krankenhaus von der Zentralstelle für Blutspenden bezogen hatte; geschädigter Patient klagt - ausnahmsweise aufgrund Vertrag zugunsten Dritter - gegen die Zentralstelle; Vorderrichter hatten deren faute bejaht, was fragwürdig war, weil durch Blutuntersuchungen beim Spender der Syphiliserreger während der Inkubationszeit nicht festzustellen ist, andererseits klinische Untersuchungen erfahrungsgemäss vom Spenden abhalten; die Cour de cassation nahm daher obligation de résultat, gesundes Blut zu liefern, an.);
Toulouse, 14.12.1959, ICP 196o.II.114o2 m. Anm. Savatier (bei Blutgruppenuntersuchung vor Blutübertragung im Hinblick auf eine Operation wird Rhesusfaktor falsch bestimmt, unaufklärbar, ob auf blutentnehmenden oder Analyse durchführenden Arzt zurückzuführen)

1o4) Frossard, La distinction, S. 217-23o; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 586, Fn. 5 ter; Savatier in den Anmerkungen ICP 1959.II.11o48, ICP 196o.II.114o2 und ICP 1966.II.14582; Tunc, Anm. Rev. trim. dr. civ. 1961, 112 f (nr. 18)

1o5) Fussnote 1o3

1o6) anders wohl Cass. civ. 1./16.11.1965, D 1966.61 (Nadel des Operateurs bricht und dringt nicht wiederauffindbar in Muskelgewebe des Patienten ein, wegen kritischen Zustandes des Patienten kann nicht weiter gesucht werden; faute verneint)

1o7) Beispiel aus der deutschen Rechtsprechung: LG Essen, NJW 1966, 4o2 (jedoch kein Beweislastproblem)

1o8) ICP 196o.II.11787, s. Fn. 1o3

Deutlicher drückt sich die Cour de cassation im Falle des verwechselten oder fehlerhaften Serums aus:[11o] "...la nature du contrat entre le malade et la clinique implique, en raison de la confiance que le malade doit nécessairement faire à celle-ci, l'obligation définie par l'arrêt attaqué" (nämlich: "....l'obligation de la clinique à fournir un liquide répondant par sa nature et ses qualités au but poursuivi"[111]). Aus der Entscheidung lässt sich erneut[112] der Grund für die Annahme einer obligation de sécurité résultat hinsichtlich der Mangelfreiheit der bei Vertragserfüllung verwendeten Sachen ersehen, nämlich das nach den Umständen, die einen "aléa" hinsichtlich der Unschädlichkeit der verwendeten Sachen nicht ergeben, berechtigte Vertrauen des Gläubigers hierauf.

Der andere Gesichtspunkt, der gleichfalls bereits erwähnt wurde,[113] ist der, dass der Gläubiger vom Schuldner unter bestimmten Umständen die Erbringung eines fehlerfreien (nicht verkörperten) Werkes erwarten kann; diese bestimmten Umstände liegen dann vor, wenn bei korrektem Vorgehen aufgrund der gegebenen Möglichkeiten das Erreichen des erstrebten Ziels nicht unsicher ist. Dementsprechend entschied die Cour d'appel Toulouse (fehlerhafte Bestimmung des Rhesusfaktors)[114]: "...que toutes les fois que l'activité professionnelle du médecin se cantonne à des travaux de laboratoire ne comportant, en l'état des données acquises de la science, aucun aléa c'est par son résultat qu'elle se définit...".

Savatier[115] weist darauf hin, dass die Gesichtspunkte der Vereinbarung einer obligation de résultat hinsichtlich der Benützung mangelfreier Sachen und hinsichtlich der Lieferung mangelfreier (unverkörperter) Werke nicht darauf beruhen, dass man den Arzt - oder Klinikvertrag oder einen anderen gemischten Vertrag aufspalte in verschiedene kaufrechtliche, mietrechtliche (oder werksrechtliche) Vertragsteile, auf die dann die speziellen gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften mit dem gleichen Ergebnis angewendet

---

1o9) Anm. ICP 1966.II.14582 unter II; noch stärker i.S. einer obligation de résultat interpretierend Frossard, La distinction, S. 225

11o) ICP 1959.II.11o46, s. Fn. 1o3

111) das Zitat "par sa nature" zeigt, dass die obligation de résultat sich auf das Nichtverwenden "schädlicher" Sachen erstreckt, also auch den Fall des aliud deckt; vergl. oben, S. 113

112) siehe bereits oben, S. 113

113) siehe oben, S. 122 f.

114) 14.12.1959, ICP 196o.II.114o2, Fn. 1o3

115) Anm. ICP 1959.II.11o46 unter I; ebenso ICP 1966.II.14582: die Entscheidung Trib. gr. inst. Seine, 3.3.1965, müsse hinsichtlich der Annahme einer obligation de résultat beschränkt werden auf das "fonctionnement normal de mécanisme" des Geräts

werden könnten; vielmehr gebe es einen für alle Vertragstypen gültigen Gedanken: "Là où les textes ne l'imposent pas, l'obligation de résultat qui consiste à garantir de toute manière des vices de la chose fournie ne saurait se fonder que sur une interprétation des contrats intervenus."[116] Savatier sieht darin allerdings insofern eine echte Garantiepflicht, als der Schuldner mit dem Vortrag, er habe den Mangel nicht erkennen können, nicht zum Entlastungsbeweis zugelassen werden soll; dass das auch die Meinung der Rechtsprechung sei, lässt sich aus ihr nicht entnehmen: sie lässt den Entlastungsbeweis, wie die Urteile Trib. gr. inst. Seine, 3.3.1965[117] (Explodieren des Narkosegeräts) und Civ. 17.12.1954[117] (Transfusion ungesunden Blutes) durch den Hinweis in den Gründen, dass cause étrangère oder force majeure nicht bewiesen sei, zeigen, zumindest theoretisch zu; die Entscheidung Civ. 28.6. 196o[117] (defektes Bestrahlungsgerät) behält die faute als Tatbestandsvoraussetzung ersichtlich bei.

Die Annahme einer obligation de résultat hinsichtlich der Mangelfreiheit der zur Vertragserfüllung verwendeten Sachen kann Schwierigkeiten bereiten hinsichtlich der Bestimmung, wann Mängel gegeben sind, die diese Obligation verletzen.[118] Das zeigen die Fälle der bei der Operation im Körper des Patienten zurückgelassenen Fremdkörper (Instrumente, Tupfer usw.)[119] sowie eines sonstigen "Entgleitens" von ärztlichen Geräten, beispielsweise des Bohrers oder des Schleifgerätes des Zahnarztes.[12o] Im letzteren Falle hatte das Trib. gr. inst. Meaux[121] schlechthin eine obligation de résultat, mit den Geräten nicht zu schaden, angenommen, war aber vom Berufungsgericht Paris[121] i.S. einer blossen obligation de moyens korrigiert werden. In dem Zurücklassen eines von dem operierenden Arztes benutzten Gegenstandes im Leib des Kranken wird von den französischen und deutschen Gerichten nach den Beweisgrundsätzen vom ersten Anschein ein schuldhafter Verstoss gegen die Regeln der ärztlichen Kunst erblickt; daraus folgt, dass insoweit die Verletzung einer obligation de résultat nicht angenommen wird. Es erscheint zutreffend, die

---

116) Anm. ICP 1959.II.11o46 unter I

117) s.o., Fn. 1o3

118) siehe bereits oben, S. 113, und oben, S. 14o, Fn. 111

119) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 588; Civ. 1./6.5.1959, D 196o. somm. 24; aus dem deutschen Recht: BGHZ 4, 138 ff.; BGH LM Nr. C 15 zu § 286 ZPO

12o) s.o., S. 136, Fn. 88

121) s.o., S. 136, Fn. 88

obligation de résultat auf die Freiheit von sich in der Sache selbst, ihrer Struktur oder Mechanik verkörpernden Mängeln oder Schädlichkeiten zu beschränken, weil das Verlassen dieses Bereiches das Verlassen des Grundsatzes bedeuten würde, von der diese obligation de résultat getragen wird, des Grundsatzes nämlich, dass nach der Vorstellung der Parteien vom Schuldner normalerweise ohne Schwierigkeiten fehlerfreie Sachen benutzt werden können; wenn dieser Bereich verlassen wird und sich im Fehlgehen der Sache niederschlagende reine Handhabungsfehler einbezogen werden, dann werden sofort Erwägungen tragfähig, die, wie wir gesehen haben, für die Annahme einer obligation de moyens sprechen und jene Parteivorstellung hindern, wie beispielsweise die Erwägung zum generellen aléa der ärztlichen Behandlung[122].

Für das deutsche Recht wendet sich Stoll[123] gegen die Annahme einer Erfolgsschuld des Arztes hinsichtlich des einwandfreien Funktionierens oder der ungefährlichen Beschaffenheit der von ihm verwendeten Behandlungsgeräte; verglichen mit dem französischen Schrifttum und der französischen Rechtsprechung hat Stoll nicht recht, wenngleich festzuhalten ist, dass die Cour de cassation jedenfalls hinsichtlich des Gebrauchs von Geräten bisher eine dogmatisch eindeutige Entscheidung nicht getroffen hat[124].

---

122) vergl. hierzu Frossard, La distinction, S. 224, 277 - 18o; die Anmerkung Savatier ICP 1966.II.14582 spricht von einem "fonctionnement normal de mécanisme" des Geräts; ferner u., S. 155

123) Die Beweislastverteilung, S. 553,554

124) Savatier, Anm. ICP 1966.II.14582 unter II, vorletzter Absatz; Stoll a.a.O., der sonst Vergleiche zum franz. Recht zieht, untersucht auch die franz. Rechtsprechung zu diesem Punkte nicht

5. K a p i t e l

Die Kriterien der Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens

Ob eine Pflicht der einer oder anderen Kategorie angehört, ist eine Frage der Auslegung oder Ergänzung des Parteiwillens[1]. Es ist dabei verständlich, dass Unterscheidungsmerkmale, aufgrund deren die Auslegung oder Ergänzung in jedem einzelnen Falle mit sicherer Eindeutigkeit erfolgen könnte, nicht aufzufinden sein werden. Dennoch müssen die im 4. Kapitel dargestellten Lösungen zu den einzelnen vertragstypischen Fallgruppen einer Theorie der Unterscheidungskriterien unterstellt werden, die es erlaubt, jeden praktisch werdenden Fall einzuordnen.

§ 1 Das Kriterium des aléa important

I. Regel- und Ausnahmeverhältnis?

Vorweg stellt sich die Frage, ob eine der beiden Pflichtenkategorien der Normalfall ist, der im Zweifel anzunehmen ist, wenn nicht besondere Umstände ausnahmsweise zur Bejahung der anderen Kategorie führen. Die Meinungen darüber sind geteilt; Mazeaud-Tunc[1] nehmen an, dass die obligation de résultat als die vom Code civil allein vorgesehene Kategorie der Regelfall sei; H. Mazeaud[2] nimmt im Zweifel obligation de moyens an, während eine dritte Meinung[3] ein Regel- Ausnahme-Verhältnis verneint. Wenn auch die obligation de moyens herausgebildet wurde, um der nicht für alle Fälle als gerecht empfundenen Schärfe einer obligation de résultat Einhalt zu gebieten[4], und wenn auch der Gesetzgeber des Code civil lediglich die obligation de résultat im Auge gehabt hat[5], so muss angesichts der uneinheitlichen Vorstellungen im Schrifttum und weil sich auch aus der Recht-

---

1) s.o., S. 78; ferner Mazeaud, Essai de classification des obligations, Rev. trim. dr. civ. 1936, S. 1 ff., S. 44,45 (Mazeaud zieht die artt. 1162 und 1157 C.c., beide aus einem Abschnitt des Code civil über die Auslegung von Verträgen, heran zur Klärung der Frage, ob im Zweifel obligation de moyens oder de résultat vorliegt); bei Frossard, La distinction, S. 272 (Nr. 475)

1) Mazeaud, Responsabilité, 6. Auflage, Bd. 1, S. 117, 784; ebenso Brun, Observations critiques sur les notions d'obligation de sécurité, de fait exonératoire et de faute, Gaz. Pal. 1952.1.24 ff., II a.A., ebenso bejaht Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1933, 627 ff., 657-659, der die Unterscheidung als solche ablehnt (siehe oben S. 72 f), aber zu gleichen Beweislastergebnissen kommt, grundsätzlich die Vermutung der faute des Schuldners

2) Essai de classification des obligations, Rev. trim. dr. civ. 1936,S.1 ff,45

3) Martine, L'option, S. 84; Mazeaud, Responsabilité, 4. Auflage, Bd. 1, S. 1o9, Fn. 21; Frossard, La distinction, S. 43

sprechung ein Hinweis darauf, dass die eine oder andere Pflichtenkategorie der Normalfall sei, nicht entnehmen lässt[6], davon ausgegangen werden, dass a priori gleichviel für eine obligation de résultat wie für eine obligation de moyens spricht.

II. Die herrschende Meinung

1. Definition und Bedeutung des aléa

Ganz überwiegend wird in Rechtsprechung[7] und Schrifttum[8] vom Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines aléa (Risikos) für den Schuldner hinsichtlich des Erreichens des von den Parteien ins Auge gefassten Ziels der einzelnen Pflicht abhängig gemacht, ob obligation de résultat oder moyens vorliegt. Mazeaud-Tunc, die sich am eingehendsten mit der Theorie des Unterscheidungsmerkmals aléa befassen, präzisieren es folgendermassen:

Zum einen bilden sie Untergruppen des aléa. Dieser kann seinen Grund haben entweder in den das Leistungsziel umgebenden sachlichen äusseren Umständen beispielsweise den medizinischen und biologischen Schwierigkeiten einer Heilung, oder er hat seinen Grund in der erheblichen Möglichkeit einer faute (selbstschädigenden Ungeschicklichkeit) des Gläubigers[9] selbst, beispielsweise bei der Gruppe des Kundenverkehrs in Geschäftsräumen des Schuldners; oder er ist begründet durch die Gefahr schädigender Handlungen Dritter, beispielsweise beim Aufenthalt auf einem Eislaufplatz oder hinsichtlich einer Aufzugswartung.[10]

Zum anderen muss es sich, da nichts völlig sicher und ohne Risiko ist, um einen "aléa important" handeln, der im Gegensatz zum "aléa négligeab

---

[4] siehe oben, S. 10, 14, 15

[5] Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, 6. Auflage, S. 784

[6] Frossard, La distinction, S. 44

[7] Frossard, La distinction, S. 129; vergl. die Übersicht im 4. Kapitel dieser Arbeit

[8] Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, 6. Aufl., S. 117, 118; 191, 192 (mit Weiterverweisung auf S. 196, 205, 206, 211); Mazeaud, Responsabilité, Bd.1, 4. Aufl., S. 109; Mazeaud, Essai de classification des obligati Rev. trim. dr. civ. 1936, S. 45; Esmein (zur Begründung seiner übereinstimmenden Beweislastergebnisse), Le fondement de la responsabilité contractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 659, und Etudes offertes à Ripert, Bd. 2, S. 101 ff., S. 111; weitere Fundstellen bei Frossard, La distinction, S. 128, Fn. 2

[9] Mazeaud-Tunc, Responsabilité, Bd. 1, S. 192, 196 Fn. 1 quater, haben anscheinend gewisse Zweifel, ob die Möglichkeit einer faute des Schuldners ein echter Unterfall des aléa ist

[10] Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 118: "Cet aléa tient habituellemen

zur Annahme einer obligation de moyens des Schuldners zwingt[11]. Versucht man festzustellen, nach welchen Gesichtspunkten sich die Erheblichkeit des aléa richtet, dann führen Mazeaud-Tunc - nachdem sie zunächst erklärt haben, eine obligation de moyens liege dann vor, wenn das gewünschte Ergebnis "trop aléatoire" sei, nämlich zu wenig nur von der Sorgfalt und den Anstrengungen des Schuldners abhänge[12] - aus, dass der aléa so erheblich sein müsse, dass ein Misslingen des Vorhabens nicht erlaube, eine faute des Schuldners als Ursache zu vermuten[13]. In der Definition des Unterscheidungsmerkmals setzt sich also die Unsicherheit fort, die, wie gezeigt[14], hinsichtlich der Begründung besteht, ob und warum der Pflichteninhalt für die Beweislastverteilung massgeblich ist. Folgt aus den risikoreichen Umständen, beispielsweise hinsichtlich des Heilungsprozesses, der Pflichteninhalt als de moyens und aus diesem unmittelbar die Beweislast des Geschädigten für die faute; oder folgt aus dem Pflichteninhalt de moyens erst mittels der Erwägung, dass bei Verletzung einer obligation de moyens normalerweise eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für eine faute des Schuldners nicht spricht, die Beweislast des Gläubigers (anders ausgedrückt: dass für eine Vermutung der faute des Schuldners kein Platz ist); oder folgt aus den risikoreichen Umständen unmittelbar die erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass der Schuldner nicht mit faute gehandelt hat, auch wenn etwas schief ging, so dass es deswegen auch gerechtfertigt ist, nur eine obligation de moyens anzunehmen? Die letzten beiden Gedankengänge der Fragestellung beruhen auf dem Prinzip, das Beweislastverteilungen neben anderen zugrunde liegen kann[15], dass nämlich bei Vorliegen bestimmter Sachverhalte normalerweise eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen bestimmter weiterer Umstände und deswegen den daraus resultierenden Rechtsfolgen spricht.[16]

---

aux seules circonstances ou encore à la possibilité d'une faute de la part du créancier lui-même"; S. 191: "Il (das Merkmal des aléa) s'applique parfaitement lorsque l'aléa tient essentiellement à des circonstances fortuites ou au fait de tiers"; siehe auch nachstehend 2.

11) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 191

12) Responsabilité, Bd. 1, S. 117 (Nr. 1o3-4), S. 783 oben (Nr. 694-4)

13) Responsabilité, Bd. 1, S. 118 (Nr. 1o3-4), S. 191, 192 (Nr. 15o)

14) s.o., S. 77-79

15) siehe Blomeyer, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, 1966, S.6; Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 646

16) Esser, Schuldrecht, S. 213,und Raape, Die Beweislastverteilung, AcP 147, S. 222, 242, lehnen diese Wahrscheinlichkeitserwägung als Grundlage der Beweislastverteilung in § 282 BGB und hinsichtlich des Verschuldens bei positiven Vertragsverletzungen ab; festzuhalten ist jedenfalls,

Diese Unsicherheit hinsichtlich Ursache und Wirkung der Pflichteninhaltsbestimmung wird verstärkt dadurch, dass Mazeaud-Tunc[17] erwägen, dass der Schuldner einer obligation de résultat sich deswegen entlasten müsse, weil er die besseren Beweismöglichkeiten habe[18], ohne dass sie den Gesichtspunkt der grösseren Beweismöglichkeit oder Beweisschwierigkeiten in Beziehung zum Pflichteninhalt oder zum aléa hinsichtlich des Leistungserfolges setzen[19].

Es bleibt die Erkenntnis, dass die genannten Untergruppen des aléa (die objektiven Umstände, die Möglichkeit der faute des Schuldners, das Verhalten Dritter) sowohl in der Lage sind, die Annahme einer auf Leistungserfolg gerichteten Pflicht zu verhindern, als möglicherweise auch zu erklären, dass bei ihrem Vorliegen jedenfalls keine besondere Wahrscheinlichkeit für eine faute des Schuldners und nichts dafür spricht, dass der Schuldner den Entlastungsbeweis mangelnder faute besser führen könne als der Gläubiger den Beweis begangener faute. Andererseits folgt allein aufgrund der vom Erfüllungsaspekt her vorgenommenen Feststellung, dass eine Pflicht auf Leistungserfolg gerichtet ist, nicht aus Gründen der Logik, dass der Schuldner bei Nicht- oder Schlecht-

---

dass es bei den Erwägungen von Mazeaud-Tunc nicht um die verpönte, vom Reichsgericht häufig bei der Frage der Beweislast für das Verschulden bei positiven Vertragsverletzungen vorgenommene (vergl. Raape, a.a.O., S. 237, 262, 27o, 282, 284; Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 71, 7 ff.; Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, S. 155) Verquickung von Beweislastverteilung und Beweis des ersten Anscheins, sondern um echte Beweislastumkehr geht: Esmein, a. zuletzt a.O., S. 646 unten (Nr. 11); Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 78o unten: "La justification habituelle des présomptions: La vraisemblance des faits"

17) Responsabilité, Bd. 1, S. 781, 783

18) was gleichfalls ein allgemeines Prinzip, das Beweislastverteilungen zugrundeliegen kann, ist: Esmein, a. zuletzt a.O., S. 644; Blomeyer, a. zuletzt a.O., S. 6,7

19) konsequent dagegen Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, 4. Auflage, S. lo9 (Nr. lo3-2), 646 ff. (Nr. 694), die ausschliesslich auf das Erfüllungsrisiko und den Pflichteninhalt abstellen und jede Erwägung aufgrund allgemeiner Prinzipien zur Beweislastverteilung vermeiden; ebenso Frossard, La distinction, S. 1o7; konsequent auch Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, 1947, S. 279, der von den Erfüllungs- und Beweisrisiken gleichermassen die Bestimmung einer Pflicht als de résultat oder de moyens abhängig macht.
Es zeigt sich also, dass eine ähnliche Unsicherheit hinsichtlich des Grundes des gefundenen Unterscheidungsmerkmals aléa besteht, wie im deutschen Recht hinsichtlich des von der Rechtsprechung und einem Teil der Rechtslehre verwendeten Merkmals des Gefahrenkreises (dazu vergl. Prölss, Die Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 74-78; Üb-erblick bei Wenninger, Die Beweislast für das Verschulden bei positiven Vertragsverletzungen, 1964, S. 61-7o,74,75; Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, S. 152, 157)

erfüllung sich durch den Nachweis fehlender faute oder fehlenden Verschuldens entlasten müsse und der Gläubiger ausser dem Nichteintritt des Erfolgs nichts zu beweisen habe, genauso wenig, wie allein aus jener Feststellung folgt, dass der Schuldner für die Nichterfüllung - oder Schlechterfüllung - bedingungslos einzustehen hätte[20]. Ist also die Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens in Wahrheit nutzlos oder höchstens von "valeur suggestive"[21], weil es für die Beweislastverteilung lediglich auf den vorhandenen oder nichtvorhandenen aléa ankommt[22]? Die Frage lässt sich nach allem nicht mit Sicherheit beantworten. Es scheint aber die Annahme möglich zu sein[23], dass immer, wenn der Schuldner zur Erbringung eines Leistungserfolges verpflichtet, d.h. mit einer obligation de résultat belastet ist, zugleich eine über den reinen Erfüllungsaspekt hinaus - und in den Einstandsaspekt hineinreichende, aus dem Vertrag zu entnehmende Regelung der Beweislastverteilung vorliegt, und dass art. 1147 C.c. auf dieser Erwägung beruht; anders ausgedrückt: die Vereinbarung der Parteien[24] bezieht sich nicht nur darauf, dass der Schuldner einen Leistungserfolg oder nur sorgfältiges Leistungshandeln zu erbringen hat, sondern auch darauf, dass im ersten Fall der Schuldner bei Nichterreichen des ins Auge gefassten Vertragszieles mangelnde faute, im zweiten Fall der Gläubiger vorhandene faute nachzuweisen hat[25]. Diese Annahme gründet sich auf den erwähnten[26] Automatismus, mit Hilfe dessen die Rechtsprechung aus der Zuordnung der verletzten Pflicht zu der einen oder anderen Kategorie die Beweislastverteilung vornimmt; sie gründet sich ferner auf die dargestellten Theorien von Frossard und H. u. L. Mazeaud[27],

---

20) Wieacker, Leistungshandlung und Leistungserfolg, Festschrift f. Nipperdey, Bd. 1, S.799; siehe oben, S. 62

21) Carbonnier, Théorie des obligations, S. 272

22) so jedenfalls Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 658, s.o., S. 73

23) das ist die Meinung des Verfassers, der sich dessen bewusst ist, wie riskant es naturgemäss ist, Rechtsprechung und Schrifttum eines fremden Landes zu einer eigenen Lösung hin zu interpretieren

24) freilich handelt es sich regelmässig um einen durch Auslegung oder Ergänzung ermittelten Parteiwillen

25) siehe bereits oben, S. 78

26) siehe oben, S. 59, 67 und den Rechtsprechungsüberblick im 4. Kapitel dieser Arbeit

27) siehe oben, S. 67 f., 70 f.

die, wenn auch aufgrund noch weitergehender Folgerungen für den Einstandsaspekt, unmittelbar aus dem Pflichteninhalt die verschiedene Beweislastverteilung entnehmen; sie gründet sich schliesslich darauf, dass das Merkmal des aléa[28] von seiner Definition her wesentlich auf das Leistungsrisiko abstellt und dass, soweit ersichtlich, die Rechtsprechung die Gesichtspunkte des plerumque fit und der Beweisnähe für die Beweislastverteilung nicht oder nur unwesentlich heranzieht. Im übrigen: wenn der Vertragsinhalt hinsichtlich des reinen Erfüllungsaspektes aufgrund Auslegung des Parteiwillens, in den meisten Fällen jedoch aufgrund Ergänzung des Parteiwillens gem. équité und usage (art. 1135 C.c.)[29] ermittelt werden kann, so ist nicht ersichtlich, warum das auch nicht hinsichtlich einer parallel laufenden Beweislastregelung möglich sein sollte.

2. Einzelfragen

a) Dass der aus dem Vertrage zu entnehmende Parteiwille letztlich für die Beweislastverteilung massgebend ist, zeigt sich an dem Sonderfall, dass sich die Parteien über das Risiko hinsichtlich der Leistungserbringung geirrt haben. Wenn die Parteivorstellung dahin ging, dass eine Gefahr hinsichtlich der körperlichen Unversehrtheit der Kundin bei Verwendung eines bestimmten Dauerwellenmittels nicht besteht, objektiv das Mittel aber bei der allergischen Kundin gefährlich war, dann entfällt die Annahme einer obligation de sécurité résultat nicht deswegen, weil sich der objektiv insoweit bestehende aléa nachher herausstellt[30]. So gesehen wäre die Bemerkung von Prölss[31] zum Schwimmeisterfall aus der deutschen Rechtsprechung unzutreffend, wonach, wenn sich herausgestellt hätte (was aber gerade nicht aufzuklären war), dass der Schwimmschüler infolge seines Herzversagens auch bei fortgesetzter Überwachung nicht hätte gerettet werden können, die Schadensursache ersichtlich nicht im Gefahren-

---

28) übrigens auch die sonst verwendeten Kriterien, siehe nachfolgend III.

29) dazu allgemein oben, S. 42-44; die Bedeutung des art. 1135 C.c. gerade für die Zuordnung zu der einen oder anderen Kategorie wird nirgends klar ausgesprochen, sondern es wird nur gesagt, dass der Parteiwille allein meist nicht weiterhelfe, und dass deshalb Kriterien für die Zuordnung gefunden werden müssten: Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 191, letzter Absatz; H. Mazeaud, Rev. trim. dr. civ. 1936, S. 45, zieht allerdings die die Vertragsauslegung betreffenden artt. 1162,1157 C.c. zur Bestimmung der Pflichtenkategorie heran

30) Paris 18.1.1957, ICP 1957.II.9994 m. Anm. Esmein; oben, S. 111, 112; allgemein Frossard, La distinction, S. 129 (Nr. 226)

31) Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 97, zu BGH NJW 1962, 959 = Versicherungsrecht 1962, 541 = MDR 1962, 474

bereich des Schwimmeisters gelegen habe, so dass dessen Last des Entlastungsbeweises infolge des Todes des Schwimmschülers, nähme man sie zunächst einmal an, sich ex post als nicht gerechtfertigt erweise; denn sofern man der Meinung ist, dass die Parteien sich eine während der ganzen Schwimmstunde dauernde individuelle Überwachung[32] des Schwimmschülers und deswegen mangelndes Risiko hinsichtlich der Gewährleistung von dessen körperlicher Sicherheit vorgestellt haben und daher eine obligation de sécurité résultat[33] vereinbart haben, dann bleibt diese Parteivorstellung für die Verteilung der Beweislast massgebend, gleich, welche konkrete Schadensursache sich nachher herausstellt.

b) Die von der Rechtsprechung und vom Schrifttum zur Erklärung der Rechtsprechung benützten Unterscheidungsmerkmale der rôle actif des Gläubigers beispielsweise bei Reitunterricht, Schlepplift-benützung, Teilnahme an bestimmten Jahrmarktsvergnügungen, Schleppenlassen eines Wasserskiläufers[34] sowie der unbeschränkten Bewegungsfreiheit des Gläubigers mit der Möglichkeit, sich selbst zu schädigen (beispielsweise Hotelgast, Kino-, Badeanstalt-, Sportplatzbesucher, Reisender auf dem Bahnhof, Schüler beim Schulausflug[35]), sind beides Fälle eines auf der Möglichkeit einer faute des Gläubigers selbst beruhenden aléa[36]. Sie unterscheiden sich insofern voneinander, als das Merkmal rôle actif nur auf Fälle angewendet wird, in denen der Gläubiger an der Beherrschung einer in Bewegung befindlichen Sache (auch eines Tieres) des Schuldners teilnimmt und das Vorhaben nach den äusseren Umständen gewisse Risiken für die Sicherheit des Gläubigers mit sich bringt.
Der im Zusammenhang mit dem Merkmal der rôle actif ab und zu von der Rechtsprechung gebrauchte Gesichtspunkt der acceptation des risques hat als Unterscheidungskriterium keine selbständige Bedeutung erlangt[37].

---

32) wegen des Verhältnisses einer dauernden individuellen Überwachungspflicht zur obligation de résultat vergl. die Anm. Tunc, Rev. trim. dr. civ. 1964, S. 99, zum Falle der Überwachung eines Geisteskranken

33) anders als beim sonstigen Aufenthalt im Schwimmbad; s.o. 91, Fn. 72

34) s.o., S.91,93,96

35) s.o., S.85,89,93,97,1o4; 114,138

36) vergl. Planiol-Ripert-Esmein, Traité pratique de droit civil francais, 2. Aufl., 1952, Bd. 6, S. 495; vergl. Frossard, La distinction, S.271

37) vergl.Anm. Esmein zu Civ. 1./26.4.1963, ICP 1963.II.133o7 (Reitschule); Azard, Anm.zu Cass. civ. 1./17.5.1965, D 1966, S. 1 ff., insbesondere unter II.a.A.(Zuschauer beim Rugby); Anm. Cabrillac zu Cass. civ. 1/23.11.1966, D 1967.313 (Zuschauer nimmt an öffentlichem Stierkampf teil)

III. Unterscheidungsmerkmale, die nicht herrschende Meinung sind

1. Demogue

Man fragt sich, worin Demogue, der Begründer der Unterscheidung, die Differenzierungsmöglichkeit gesehen hat. Demogue hob auf die persönliche Stellung des Schuldners ab, indem er davon ausging, dass jeder Schuldner einer Berufsklasse angehörig sei, und unterschied zwischen Schuldnern, die ihre Verpflichtungen in Ausübung einer "profession libérale", und solchen, die sie in Ausübung eines "métier" übernahmen.[38] Da beim métier, wozu er auch die Tätigkeit des Architekten rechnet, aufgrund anerkannter Regeln des einzelnen Berufsstandes mit ziemlicher Sicherheit die vereinbarte Leistung erbracht werden könne, liege insoweit obligation de résultat vor; die Angehörigen der professions libérales, wie Arzt und Anwalt, besässen dagegen eine Unabhängigkeit und Freiheit hinsichtlich der Erbringung der Leistung, die zur Annahme einer obligation de moyens nötige.

Das Unterscheidungsmerkmal hat, da es auf Berufsschuldner beschränkt ist, nur beschränkte Differenzierungskraft; es kommt hinzu, dass ausserdem klargestellt werden müsste, wann profession libérale und wann métier vorliegt[39].

2. Frossard

Frossard[4o], der die umfassendste und modernste Darstellung der Unterscheidung zwischen den obligations de résultat und den obligations de moyens geliefert hat, unterscheidet danach, ob der Schuldner zur Erbringung einer "prestation déterminée" - dann obligation de résultat - oder zur Erbringung einer "prestation indéterminée"- dann obligation de moyens - verpflichtet ist. Ob der Schuldner eine tatsächlich und

---

38) Demogue, Traité des obligations, Bd. 5, S. 544 (Nr. 1237)

39) vergl. dazu Frossard, La distinction, S. 162, 163; ausnahmsweise verwendet das Urteil Cass. civ. 5.4.1965, ICP 1965 II. 14261 das Merkmal der profession libérale zur Begründung, dass der Architekt nicht gem. art. 1792 C.c. hafte (siehe oben, S. 124)

4o) La distinction, S. 167-17o

juristisch genau abgegrenzte Leistung zu erbringen hat oder ob ihr insoweit ein Spielraum gelassen ist, soll von der "nature objective", von eventueller Bestimmung durch das Gesetz oder von dem Willen der Parteien abhängen[41]. Wie schon erwähnt[42], dürfte das angebliche Kriterium der prestation déterminée oder indéterminée fast völlig identisch sein mit den Pflichtenkategorien de résultat und de moyens, die es voneinander unterscheiden soll. Hinter dem Hinweis auf die Natur der Sache verbirgt sich in Wahrheit der Hinweis auf bestimmte Fallgruppen, die normalerweise in dem einen oder anderen Sinne gelöst werden; man fragt sich vergebens, was der Grund für die Herausbildung dieser Gruppen ist. Der Hinweis auf den Parteiwillen ist insofern unbrauchbar, als es sich in aller Regel um die Ergänzung des Parteiwillens entsprechend équité und usage, welche aber einer Richtlinie, eben des Unterscheidungsmerkmales, bedarf, handelt, weil ein tatsächlich zum Ausdruck gekommener Parteiwille fehlt.
Interessant sind allerdings die von Frossard gebildeten grossen Fallgruppen; er unterscheidet:[43] Die Pflicht zur Lieferung einer Sache - obligation de résultat; die allgemeine Pflicht, dem Vertragspartner keinen Schaden zuzufügen - obligation de moyens[44],[45]; die Pflicht, dem Vertragspartner durch die bei Vertragsausführung benützten Sachen keinen Schaden zuzufügen - obligation de résultat; die Dienstleistungspflicht - obligation de moyens[45].

§ 2 Das Kriterium der Struktur- und Funktionsnormalität der zwecks Vertragserfüllung übergebenen oder benutzten Sachen (obligation de garantie du fait des choses employées à l'exécution[1])

Wegen des Grundsatzes des non cumul von Vertrags- und Deliktshaftung

41) La distinction, S. 17o

42) siehe oben, S. 69, und H. Mazeaud, Essai de classification des obligations, Rev. trim. dr. civ. 1936, S. 1 f., 42,45, der den "acte précisé" (S. 42) - insoweit wie Frossard - zur Kennzeichnung des Leistungsinhaltes der obligation de résultat verwendet und gleichwohl das Unterscheidungsmerkmal aléa benützt (S. 45)

43) La distinction, S. 169
wegen des Sonderfalles unentgeltlicher Verträge vergl. Frossard, La distinction S. 26o-262; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S.146; der Fall wurde durchweg ausser acht gelassen, weil er praktisch und dogmatisch keine nennenswerte Rolle spielt

44) insoweit übereinstimmend Savatier, Anm. ICP 1966.II.14582 unter II, 2. Absatz

45) ähnlich nennt Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 8, als Leistungspflichten, " bei denen ein von der Leistungshandlung zu sondernder Leistungserfolg nicht in Betracht kommt", die Leistung bestimmter Dienste und die "weiteren Verhaltenspflichten"

1) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 811

können die artt. 1384,Abs. 1 C.c. (Haftung dessen, der die Obhut über eine leblose Sache hat, für den durch diese verursachten Schaden), 1385 C.c.(Tierhalterhaftung) und 1386 C.c. (Bauwerkshaftung) keine Anwendung finden, wenn der Schadensfall von vertraglichen Schadensersatzansprüchen erfasst wird. Daher geht es, wenn von einer Haftung aufgrund der vom Schuldner zur Vertragserfüllung eingesetzten Sachen die Rede ist, zwar niemals um die Anwendung dieser Vorschriften[2], aber die anschliessend darzustellenden Grundsätze sind mehr oder minder insbesondere von dem einem Gefährdungshaftungstatbestand für alle beherrschten Sachen nahekommenden art. 1384,Abs. 1 C.c.[3] beeinflusst, da es oft nicht verständlich erscheint, dass ein geschädigter Dritter aufgrund der Anwendbarkeit von art. 1384,Abs. 1 C.c. besser stehen soll als der geschädigte Vertragspartner[4].

I. Die Rechtsprechung ohne einheitliche Lösung

Die Rechtsprechung greift, wie aus dem Überblick im 4. Kapitel ersichtlich ist[5], bei allen möglichen Vertragstypen ausserhalb des gesetzlichen Mängelrechts immer wieder bewusst oder unbewusst auf den Gedanken zurück, dass der Geschädigte seiner Beweislast genüge, wenn er die "défectuosité dans l'installation, l'organisation ou le fonctionnement de l'établissement"[6] des Schuldners oder die Übergabe einer Sache durch den Schuldner, die nicht "par sa nature et ses qualités au but poursuivi"[7] entsprochen hat, als Schadensursache nachweist. Naturgemäss ist dieser Gedanke - sieht man zunächst von der Frage, ob nicht dem Schuldner hinsichtlich der Mängel der Sache die Entlastung mit dem Nachweis fehlender faute überhaupt abgeschnitten ist, weil er für die Mängelfreiheit unbedingt einzustehen hat, ab - nur dort bedeutsam, wo an sich gegenüber dem Geschädigten lediglich eine obligation de moyens besteht, wie insbesondere gegenüber dem beaufsichtigten Schüler, gegenüber den Kunden von Hotels, Restaurants, Kinos und Bädern, den Benutzern von Liften und Jahrmarktsvergnügen (soweit nicht bei bestimmten Sachverhaltsgestaltungen von vornherein eine obligation de résultat vorliegt), gegenüber dem Käufer, soweit das spezielle Sachmangelrecht nicht eingreift, oder gegenüber dem Patienten; in diesen Fällen muss eigentlich eine faute des Schuldners,

2) Tunc, Rev. trim. dr. civ. 1961, S. 114; Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 387

3) s.o., S. 12, Fn. 26

4) vergl. Esmein, La chute dans l'escalier, ICP 1956.I 1321; siehe andererseits oben, S. 15, Fn. 37, zu Fällen, in denen durch Annahme von Vertragshaftung die Schärfe des art. 1384,Abs. 1 C.c. vermieden werden soll

Unternehmers, Arztes usw., nachgewiesen werden, was aber allein dadurch, dass die Fehlerhaftigkeit einer vom Schuldner verwendeten Sache als Schadensursache feststeht, nicht ohne weiteres vollbracht ist. Die Rechtsprechung sagt allerdings selten klar, dass der faute-Nachweis bei feststehender Sachfehlerursächlichkeit erspart sei, anders ausgedrückt, dass eine beschränkte obligation de résultat des Schuldners bestehe, sondern identifiziert Fehler und faute[8] oder arbeitet eher mit einem Beweis des ersten Anscheins[9]. In einigen Fällen, insbesondere in solchen, die Verwandtschaft zum Kaufrecht zeigen, lässt sie jedoch klar die Annahme einer obligation de résultat hinsichtlich der Normalität der übergebenen oder verabreichten Sache erkennen[10]. Mit Berechtigung sagt daher Frossard:[11] "tout se passe comme si, après l'affirmation de principe tendant à reconnaître l'existence d'une obligation de moyens, le juge oubliait sa déclaration liminaire pour imposer au débiteur une garantie objective (was für Frossard mit obligation de résultat gleichbedeutend ist) pouvant mettre en cause sa responsabilité indépendamment de sa conduite".

II. Generelle Theorie im Schrifttum

Ergibt nach allem die Rechtsprechung keine dogmatisch begründete Lösung[12], so findet sich im Schrifttum sehr wohl eine generelle Theorie, mit der sich vor allem Savatier[13], Mazeaud-Tunc[14] und Frossard [15] beschäftigt haben[16]. Dazu ist anzumerken, dass - worüber die zu diesem Paragraphen gewählte Überschrift hinwegtäuschen könnte - von keinem dieser Autoren diese Theorie ähnlich eindeutig als Beitrag zur Lehre von den Unterscheidungsmerkmalen zwischen obligation de résultat und obligation de moyens behandelt wird, wie das hinsichtlich des Merkmals aléa der Fall ist. Dabei ist der

---

5) siehe oben, S. 86,87,89,9o,94,96,98,99,1o9,112,115,122,139-142

6) Cass. civ. 1./17.1.1961 D 1961.647 (Dampfbad)

7) Cass. civ. 1./4.2.1959, ICP 1959.II.11o46 (schädliches Serum)

8) vergl. Tunc, Rechtsprechungsbericht, Rev. trim. dr. civ. 1961, S. 113: "faute virtuelle"

9) Tunc a. zuletzt a.O.; Cass. civ. 1./28.6.196o, ICP 196o.II.11787 (defektes Bestrahlungsgerät): "...déduire la faute de la défaillance"

1o) s.o., S. 14o (Serum); S. 139 (Blutspende); S. 112 ("Cadoricin"); S. 9o (Ernährung im Internat)

11) La distinction, S. 272, 273 (Nr. 476)

12) so Savatier, Anm. ICP 1966.II.14582 unter II für den Fall ärztlicher Geräte; das allein braucht den Rechtsvergleicher nicht zu hindern, daraus eine generelle Theorie zu entnehmen, da es typisch für die franz. Rechtsprechung, insbesondere die Cour de cassation, ist, dass sie fast keine theoretischen Aufklärungen gibt: Tunc, Rechtsprechungsbericht, Rev. trim. dr. civ. 1964, S. 555, Nr. 17, erster Absatz

theoretische Ausgangspunkt von Savatier in erster Linie das spezialgesetzliche Sachmängelrecht, während Mazeaud-Tunc und (deutlicher) Frossard in gedanklicher Anlehnung an art. 1384 Abs. 1 C.c. den Gesichtspunkt einer vertraglichen Haftung für "fait des choses" bevorzugen. Die Theorie lässt sich dahingehend zusammenfassen:

Jeder Schuldner haftet für Schäden, die durch die Mängel der von ihm zur Vertragserfüllung übergebenen oder benützten Sachen verursacht wurden, ohne dass der geschädigte Gläubiger die faute des Schuldners nachweisen müsste; es genügt der Nachweis der Verursachung durch eine Sachanormalität. Hiebei sind im wesentlichen[17] zu unterscheiden zwei Gruppen;[18] bei der einen übergibt der Schuldner, gleich ob als Verkäufer, Vermieter, Hinterleger, Lotterieunternehmer, Werkunternehmer, Auftraggeber hinsichtlich eines Sachtransportes, Gastwirt oder Gesellschafter, die Sache dem Gläubiger; bei der anderen behält der Schuldner die Sache und bedient sich ihrer zur Vertragserfüllung, sei es als[20] Transportunternehmer, Arzt, Schausteller, Wirt, Kaufhausunternehmer, Schwimmbadbesitzer usw..Savatier weist darauf hin[21], dass es sich nicht um die künstliche Zerlegung von Vertragsverhältnissen in Elemente, auf die spezielle gesetzliche Gewährleistungsvorschriften passen, sondern um ein generelles Prinzip handele, das teilweise im gesetzlichen Mängelrecht seinen Niederschlag gefunden habe, und dessen Ausfluss die unter I. bezeichnete Rechtsprechung sei.

---

13) Anmerkung ICP 1959.II.11046 zu Cass. civ. 1./4.2.1959 (Serum); ICP 1963.II.13159 zu Cass. civ. 1./4.2.1963 (Privater verkauft Auto) ICP 1966.II.14582 zu Trib. gr. inst. Seine 3.3.1965 (Narkosegerät explodiert)

14) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 123 ff., 811; Bd. 2, S. 387 ff.; Tunc, Rechtsprechungsbericht, Rev. trim. dr. civ. 1961, S. 112 ff. (Nr. 18)

15) Frossard, La distinction, S. 169, 202, 224-227, 272-280

16) ferner: Esmein (weniger generell, sondern speziell im Hinblick auf Verträge mit Mietvertragselementen), vergl. La chute dans l'escalier, ICP 1956.I.1321; Etudes offertes à Ripert, Bd. 2, S. 111 und Anm. ICP 1963.II.13307 (in den beiden letztgenannten Fundstellen lediglich dadurch, dass Esmein die obligation de moyens von Hotels, Kinos, Bädern usw. mit dem Hinweis versieht: "quand aucun vice de l'installation,n'a été relevé comme cause de la chute"; Starck, Rec. gen. lois 1964 J.573, Anm. zu Civ. 1./15.7.1964 = D 1964.740 (Wandschrank fällt im Hotel herunter); Rabinovitch, Ski et droit: les engins de remontée mecanique, ICP 1965.I.1953 (zur Materie Skilifte); vergl. ferner schon Labbé,Anm. S. 1885.4.25 ff. 29 a.E. (Materie Arbeitsunfälle); ablehnend Martine, L'option,S. 80, unter Bezugnahme auf Rodière D 1961 173

17) weiterer Fall: Schuldner benutzt die schädigende Sache nicht zwecks Vertragserfüllung, sondern bei Gelegenheit eines Vertragsverhältnisses, beispielsweise wenn,eine Sache des Mieters das Mietshaus in Brand setzt - Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 402

18) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 392

19) siehe Savatier, Anm. ICP 1963.II.13159,und ICP 1959.II.11046

20) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 400, 401, insbesondere Fn. 1 zu Nr 1409; Frossard, La distinction,S. 272-280; Savatier, Anm. ICP 1966. II.14582

21) Anm. ICP 1959.II.11046, unter I; ebenso Mazeaud,Responsabilité, Bd. S. 811,125

Drei Fragen ergeben sich bei dieser Theorie: Wie sind die Sachanomalien, die die Haftung auszulösen vermögen, abzugrenzen (1.); worauf beruht es, dass der geschädigte Gläubiger die faute des Schuldners nicht nachzuweisen braucht (2.); wie verhält sich das Prinzip zum Kriterium des aléa (3.)?

1.

Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass eine Beschränkung auf Sachmängel im spezifisch kauf- oder mietrechtlichen Sinne nicht vorgenommen wird, sondern dass die Schädlichkeit der Sache "par sa nature et ses qualités" im Hinblick auf den Vertragszweck genügt[22]. Andererseits bedeutet nicht schon der Nachweis, dass eine Schuldnersache für den Schadenseintritt mit ursächlich geworden ist, insofern also "schädlich" war, dass der geschädigte Gläubiger den erforderlichen Nachweis erbracht hat; darin zeigt sich der Unterschied zu einer Haftung gem. art. 1384, Abs. 1 C.c. deutlich. Zwar setzt auch die Haftung gem. art. 1384, Abs. 1 C.c. voraus, dass die Sache des für den Schaden in Anspruch Genommenen "cause génératrice" war, eine "rôle actif" im Hinblick auf die Schadensentstehung spielte, also in qualifizierter Weise an der Schädigung mitwirkte[23]. Diese qualifizierte Mitwirkung wird jedoch bei der deliktischen Haftung gem. art. 1384, Abs. 1 C.c. vermutet, wenn die Ursächlichkeit der Sache für den Schaden überhaupt feststeht[24]. Mazeaud-Tunc und Frossard, die sich, wie gesagt, an den deliktischen Sachhaftungsgedanken anlehnen, müssen darlegen, dass diese Vermutung bei der vertraglichen Sachhaftung nicht gilt; Mazeaud-Tunc tun das ohne Begründung[25]; Frossard leitet es daraus ab, dass in den Fällen der Sachbenutzung dem mit-benutzenden Gläubiger - Hotelgast, Badebesucher, aktiven Teilnehmer an Jahrmarktsvergnügen, Schleppliftbenützer usw. - ein Teil der Obhut über die Sache, nämlich die Möglichkeit diese zu handhaben, eingeräumt sei, weshalb sich die Vermutung einer cause génératrice der Sache hinsichtlich des Schadens verbiete[26]; im Falle der ärztlichen Behandlung unter Verwendung von medizinischen Geräten folgert Frossard dasselbe aus dem Erfordernis der Abgrenzung der qualifizierten Mitwirkung der Geräte zum Schadenseintritt gegenüber dem besonderen Gesetzen unterworfenen

---

22) siehe oben, S. 113,14o

23) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 194 ff., 2o7, 3o4; s.o.S. 12, Fn. 26

24) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 217-22o

25) Responsabilité, Bd. 2, S. 389, Fn. 2 bis

26) La distinction, insbesondere S. 279 Mitte

acte medical[27]. Sowohl Mazeaud-Tunc als auch Frossard nehmen deswegen an, dass ein "vice" der Sache[28], eine "anormalité de la chose dans son existence ou son fonctionnement"[29], ein "caractère défectueux des installations"[30] als Schadensursache vom Geschädigten nachgewiesen sein müsse. Es muss sich also um einen in der Sache selbst, ihrer Struktur oder ihrem Mechanismus oder Chemismus verkörperten Mangel handeln; reine Handlungsfehler, die sich in einem Fehlgehen oder einem Misserfolg der Sachverwendung niederschlagen, scheiden aus[31]. Hier können Abgrenzungsschwierigkeiten auftreten, deren Lösung allerdings anhand der derzeit bestehenden Ergebnisse des französischen Rechts zuverlässig nicht zu finden ist[32].

Stoll[33] erwägt, in allen Fällen, in denen der Schaden von einer vom Schuldner eingesetzten Sache ausging, diesem den Nachweis aufzuerlegen, dass die Sache in Ordnung war und ordnungsgemäss funktionierte; das stimmt nach allem nicht mit den Grundsätzen des französischen Rechts überein. Die von Stoll erwogene Beweislastverteilung würde zu weit zum Nachteil des Vertragspartners gehen, der Sachen einsetzt, und ähnlich gefährlich uferlos sein wie art. 1384 C.c. ausserhalb von Vertragsverhältnissen[34].

---

27) La distinction, S. 224

28) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 389, Fn. 2 bis und passim S. 392 4o2; Frossard, La distinction, S. 224 und passim S. 275-28o; übereinstimmend Savatier, Anm. ICP 1959.II. 11o46 unter I.

29) Frossard, La distinction, S. 273

3o) Frossard, La distinction, S. 229; Rabinovitch, ICP 1965.I.1953: "mauvais fonctionnement de l'appareil"

31) siehe oben, S. 141, 142 (Bohrer des Zahnarztes usw.); ziemlich weitgehend Frossard, in den Beispielen S. 276, Nr. 481; dagegen spricht Savatier Anm. ICP 1966.II. 14582 unter II ausdrücklich vom "fonctionnement normal de son (des Geräts) mécanisme " sowie davon, dass zwischen "Medizin" und "Mechanik" getrennt werden müsse

32) deswegen ist auch der Ausdruck der normalen Sachfunktion mit Vorbehalt zu betrachten; wie ist z.B. der Fall zu beurteilen, dass in einem Kaufhaus von einem Kind ein Schemel über die Balustrade geworfen wird (s.o., S. 52, Fn. 64) oder der Fall BGH Versicherungsrec 1966, 344, in dem elektrische Geräte zum Auftauen einer Wasserleitun durch Anschliessen der Pole an die Wasserleitung verwendet wurden, worauf es zur Entzündung von Isoliermaterial infolge Wärmestauungen kam, ohne dass das Gerät als solches fehlerhaft war (der BGH nimmt an, dass sich der Werkunternehmer zu entlasten habe)? vergl. ferner Baape, Die Beweislast, AcP 147, S. 245 oben (Kauf nicht keimfähige Saatkartoffeln, Verneinung von deren gefahrdrohender Eigenschaft und deswegen Bejahung der Beweislast des Käufers hinsichtlich fahrlässiger Nichtkenntnis des Verkäufers von der Keimunfähigkeit; das ist kaum zutreffend, rührt aber wohl daher, dass Baape sich eng an den Wortlaut von § 694 BGB anlehnt)

33) Die Beweislastverteilung, S. 555, möglicherweise einschränkend S.54

2.

Nahezu alle Autoren, die sich mit der Pflicht des Schuldners, nur mangelfreie und unschädliche Sachen einzusetzen, befassen, kommen zum Ergebnis, dass die Haftung, die aus der Verletzung dieser Pflicht folgt, eine faute des Schuldners überhaupt nicht voraussetzt - weshalb diese vom Gläubiger logischerweise auch nicht nachgewiesen zu werden braucht -, weil der Schuldner bei Feststehen einer Sachschädlichkeit als Schadensursache nicht zu dem Beweis zugelassen sei, dass er den Mangel bzw. die Schädlichkeit nicht hatte erkennen oder verhindern können[35]. Mazeaud-Tunc folgern daraus, dass diese Pflicht einer dritten Pflichtenkategorie, nämlich der der obligations de garantie,angehöre und nicht nur ein Aspekt der sonstigen Schuldnerpflichten, sondern ein aliud sei[36]. Savatier[37] ordnet die Pflicht den obligations de résultat zu.

Der Rechtsprechung lässt sich nicht entnehmen, ob der Schuldner generell ohne Entlastungsmöglichkeit für schadensursächliche Fehler seiner in executione benützten Sachen einstehen soll.[38]

Mithin ist lediglich die Annahme gerechtfertigt,dass es sich um eine auf die normale Struktur und Funktion (im beschriebenen Sinne) der eingesetzten Sachen beschränkte obligation de résultat, eine insoweit begrenzte Erfolgsschuld handelt, die verletzt ist und zumindest den Entlastungsbeweis des Schuldners erforderlich macht, wenn der Gläubiger nur dargetan hat, dass ihm durch die Anormalität der Sache Schaden entstanden ist.

Wie bereits erwähnt[39], hat schon Raape für das deutsche Recht, allerdings beschränkt auf die Fälle der Sachübergabe an den Gläubiger, einen gleichen generellen Gedanken in Anwendung von § 694 BGB vertreten, der jedoch wohl deswegen nicht weiter beachtet wurde, weil Raape schliesslich in jedem Falle positiver Vertragsverletzung annahm, dass der Schuldner sein fehlendes Verschulden zu beweisen habe.

---

34) Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 83, insbesondere Fn. 224, kommt bei seiner Definition des für die Beweislastverteilung massgeblichen Herrührens der Schadensursache aus dem Schuldner - Gefahrenbereich hinsichtlich des Erfordernisses anormalen, verkehrswidrigen (wie Prölss sagt) Sachzustandes als Schadensursache zu ähnlichen Ergebnissen wie das franz. Recht; Esser, Schuldrecht, S. 213, 11. e),scheint bei der (Teil-) Definition des Gefahrenbereichs die Fälle der blossen schädlichen Folge einer Sachmitwirkung nicht auszuscheiden, wie das Beispiel der Verbrennung durch Röntgenstrahlen ohne Erwähnung einer Defektheit des Geräts zeigt (dagegen speziell zum Röntgenstrahlenfall Frossard, La distinction, S. 223, Nr. 389)

35) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 2, S. 4o4; Bd. 1, S. 811; Savatier, Anm. ICP 1966.II.14582 unter II. letzter Absatz; Frossard, La distinction, beispielsweise S. 273, für den das nichts besonderes ist, da er in jeder Haftung aus der Verletzung einer obligation de résultat Haftung ohne Erfordernis einer faute sieht (s.o.,S. 68)

36) Responsabilité, Bd. 2, S. 4o4; Bd. 1, S. 123

37) Anm. ICP 1959.II.11o46 unter I

3.

Der Gesichtspunkt der Normalität der vom Schuldner zur Vertragserfüllung eingesetzten Sachen lässt sich insofern nicht dem Kriterium des aléa hinsichtlich der Verwirklichung des Leistungsziels einordnen, als er ein obligation de résultat begründendes Merkmal und deshalb kein Unterfall des aléa ist. Er steht vielmehr für die negative Feststellung, dass kein aléa vorhanden ist. Wie die zum deutschen Recht gegebenen Begriffsbestimmungen des Herrührens der Schadensursache aus dem Gefahrenbereich des Schuldners als Beweislastverteilungskriterium[40] zeigen, passt er - abgesehen davon, dass bei der Definition des aléa vorwiegend auf die Möglichkeiten der Erfüllung, bei der Gefahrenbereichsdefinition vorwiegend auf die Möglichkeiten des Beweises, abgestellt wird - positiv zu letzterem Begriff.

Auf den ersten Blick könnte man der Meinung sein, dass die Verwendung von Sachen durch den Schuldner im Gegenteil grundsätzlich als gefährlich, also als aléa begründend, angesehen werden muss[41]. Demgegenüber ist entscheidend, dass normalerweise die Verwendung von Sachen zur Vertragserfüllung ausschliesslich vom Schuldner abhängt und beherrscht wird[42] und deswegen im Hinblick auf seine Sicherungsschuld für ihn unriskant ist, sofern nicht besondere aléa begründende Umstände, nämlich schwer zu kontrollierende Einwirkungsmöglichkeiten des Gläubigers, Dritter oder objektiv risikoreicher äusserer Gegebenheiten, die Sachverwendung als solche beeinflussen können; davon gehen die Vertragsparteien auch aus[43].

Damit übereinstimmend hat das Reichsgericht[44] treffend ausgeführt:

---

38) siehe oben, S. 95,96,99,1o9,141;
die S. 39, Fn. 81, erwähnten Fälle sprechen dafür, sie sind allerdings auf den Transportvertrag beschränkt; die Rechtsprechung zum privaten Verkäufer, der nur bei Mangelkenntnis haftet (s.o., S. 1o7,1o8) spricht dagegen, es sei denn, man würde in art. 1646 C.c. eine Ausnahm vom generellen Prinzip sehen

39) s.o. S. 113,118

4o) s.o., S. 157, Fn. 34

41) in dieser Richtung Frossard, La distinction, S. 136, Nr. 244, der das Kriterium des aléa nicht verwendet; dieser Gedanke liegt umso näher, wenn beispielsweise, wie im Falle des Dauerwellenmittels Cadoricin (siehe oben, S.111) vorstellbar, eine Spezialsache vertragsgemäss eingesetzt werden soll, von der sich nachher herausstellt, dass sie gefährlich ist - dem steht jedoch entgegen, dass die Vorstellung der Parteien bei Vertragsschluss massgeblich ist, siehe oben, S. 148

42) vergl. Trib. gr. inst. Thionville, D. 1964, somm. 18 (im Hinblick auf vom Internat zu erbringende Verpflegungs- und Beherbergungsleistungen)

43) Savatier, Anm. ICP 1966.II.14582 unter II, und Cass. civ. 1./4.2.1959, ICP 1959 II.11o46 (Serum, oben S. 14o) heben nur noch auf die entsprechende Parteivorstellung ab: "on est en droit d'en attendre

"Das Berufungsgericht befindet sich in Übereinstimmung mit dem angeführten Urteil des erkennenden Senats, wenn es die Beförderung mittels Fahrstuhl nach den Erfahrungen des täglichen Lebens für etwas an sich Ungefährliches hält und deshalb von dem Eigentümer des Fahrstuhls den Entlastungsbeweis verlangt, wenn ein Benutzer des Fahrstuhls infolge von Betriebsstörungen eine Verletzung erleidet. Dies gilt auch von seiner weiteren Darlegung, dass es zu Lasten des Fahrstuhleigentümers geht, wenn die Ursache der Betriebsstörung nicht soweit aufgeklärt werden kann, dass er seine Schuldlosigkeit darzutun vermag."

(von den vom Arzt verwendeten Geräten) la sécurité qu'appelle la constance des lois physiques et chimiques" (Savatier)

44) Seuff. A., Bd. 88 (1934), Nr. 52

6. K a p i t e l

Zusammenfassung im Hinblick auf das Problem der Beweislastverteilung für das Verschulden bei positiven Vertragsverletzungen im deutschen Recht

§ 1 Zusammengefasstes Ergebnis des französischen Rechts

Als Ergebnis des französischen Rechts lässt sich zusammengefasst festhalten:

1.

Das französische Recht kennt einen Bereich vertraglicher Schadensersatzansprüche aufgrund von Pflicht-, insbesondere Nebenpflichtverletzungen, der übereinstimmt mit dem Gebiet der Ersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung im deutschen Recht[1].

2.

Tatbestandsmerkmal dieser Schadensersatzansprüche ist die faute des Schuldners; faute ist vergleichbar mit der objektiven Fahrlässigkeit[2] im Sinne der Lehre von Nipperdey[3].

3.

Zu beweisen ist die faute vom geschädigten Gläubiger, wenn die verletzte Vertragspflicht eine obligation de moyens ist; wenn die verletzte Vertragspflicht eine obligation de résultat ist, hat der Gläubiger nur das Ausbleiben des résultat, das ohne Beurteilung der conduite des Schuldners festgestellt wird, zu beweisen, und der Schuldner muss, um der Haftung zu entgehen, seine mangelnde faute hinsichtlich dieser inexécution matérielle nachweisen[4].

Dabei ist in den Begriffen des deutschen Rechts die obligation de moyens eine auf blosse sorgfältige Leistungshandlung, die obligation de résultat dagegen eine auch auf Leistungserfolg gerichtete Schuld[5].

---

1) siehe oben, S. 24-26, 56,57; ferner den Rechtsprechungsüberblick im 4. Kapitel

2) vom Vorsatz abgesehen, aber die Fahrlässigkeit spielt praktisch die Alleinrolle der faute oder Schuld im Zivilrecht: Esser, Schuldrecht, S. 186

3) siehe oben, S. 29 f., 32

4) siehe oben, S. 63,64,75

5) siehe oben, S. 63

4.

Diese Beweislastverteilung wird von der Rechtsprechung automatisch anhand des vorab aufgrund bestimmter Kriterien als de moyens oder als de résultat bestimmten Inhalts der verletzten Vertragspflicht vorgenommen. Das lässt die Annahme zu, dass Grund der Beweislastverteilung die durch Vertragsauslegung oder durch Vertragsergänzung gemäss art. 1135 C.c. ermittelte diesbezügliche Regelung des Vertrags und damit letztlich der Parteiwille ist: jede obligation de résultat beinhaltet, dass der Schuldner im Falle des Ausbleibens des Erfolges haftet oder mangelnde faute nachzuweisen hat; jede obligation de moyens beinhaltet, dass sich der Gläubiger im Falle eines Schadens nur dann an den Schuldner zu halten vermag, wenn er dessen zugrunde liegende faute beweisen kann[5].

5.

Kriterium für die Ermittlung des Vertragssinnes im Hinblick auf die Zuordnung der verletzten Pflicht zu der einen oder anderen Pflichten- und Beweislastkategorie ist der aléa (das Risiko) hinsichtlich der Erreichung des von den Parteien ins Auge gefassten Vertragsziels; ist dieses Risiko für den Schuldner erheblich, dann liegt nur eine obligation de moyens, sonst eine obligation de résultat vor[6].

---

5) siehe oben, S. 78, 147; wegen bestehender Zweifel hinsichtlich des Grundes der Beweislastverteilung siehe oben, S. 75, 77, 145, 146

6) siehe oben, S. 144

§ 2 Untersuchung über die Verwendbarkeit der Ergebnisse des französisch Rechts für die Lösung des Problems der Beweislastverteilung für das Verschulden bei positiven Vertragsverletzungen

I. Analoge Verwendung des Begriffspaares obligation de résultat und obligation de moyens selbst?

Nach allem gleichen sich die Problemstellung im französischen Recht: wer trägt die Beweislast für die faute des wegen exécution défectueuse haftenden Schädigers? und diejenige im deutschen Recht: wer trägt die Beweislast für das Verschulden des wegen positiver Vertragsverletzung haftenden Schädigers? sowie die zu dieser Problemstellung gehörenden hauptsächlichen systematischen Grundlagen in beiden Rechtsordnungen. Dabei sind die Ergebnisse des französischen Rechts gesicherter und reichhaltiger als die entsprechenden des deutschen Rechts Das legt zunächst den Versuch nahe, durch Transformierung der französischen Doktrin von obligation de résultat und obligation de moyens für das Beweisrecht der positiven Vertragsverletzung eine analoge Einteilung mit analogen Beweislastfolgen zu bekommen[1]. Diese Transformierung würde sich mit den folgenden Ergebnissen und Erwägungen denken lassen.

1.

Es wird unterschieden zwischen der Verletzung von auf sorgfältiges Leistungshandeln und der Verletzung von auch auf Leistungserfolg gerichteten Schuldnerpflichten.

Dabei ist zu beachten, daß sich diese Unterscheidung auch auf reine vertragliche Schutzpflichten bezieht[2]; hierauf wird allerdings nachstehend unter II. noch einzugehen sein. Dabei ist ferner zu beachten, daß auch die Handlungsschuld bezüglich des überhaupt Erbringens und des rechtzeitigen Erbringens der Leistung ein Leistungserfolgselement aufweist, und daß andererseits unter Umständen die Pflicht zum überhaupt Erbringen und rechtzeitigen Erbringen der Leistung nur auf sorgfältiges diesbezügliches Bemühen (Leistungshandlung) gerichtet sein kann. Eine solche auf alle Vertragspflichten angewendete Unterscheidung müßte dazu führen, daß die §§ 282, 285 BGB eine sinngemässe Einschränkung erfahren, die sich aus ihrem Wortlaut

---

1) solches Fruchtbarmachen der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens für das deutsche Recht regten, abgesehen von Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, Festschrift f. v. Hippel, 1967, S. 517 f., 539, schon Michaelis, Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechtes, 1943, S. 26, und Metzger, L'influence du Code civil dans le monde in: Travaux de la Semaine International de Droit 1950, S. 603, an

2) grundsätzlich ebenso Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, S. 539 ff.

nicht entnehmen lässt: auch soweit es sich um Unmöglichkeit und Verzug handelt, kann die in diesen Paragraphen vorgesehene Beweislastverteilung nicht zur Anwendung kommen, wenn der Schuldner hinsichtlich des überhaupt Erbringens und des rechtzeitigen Erbringens der Leistung lediglich vertragsmässiges Bemühen schuldete, beispielsweise wenn die unter extrem risikoreichen Bedingungen verwahrte Sache untergeht[3].

2.

Soweit es sich um die Verletzung von Leistungserfolgspflichten handelt, genügt es, daß der Gläubiger die Verletzung, das ist das Ausbleiben des Erfolges[4], nachweist; dem Schuldner liegt die Beweislast dafür ob, dass er die Verletzung nicht zu vertreten hat. Wenn dagegen nur eine Handlungspflicht verletzt ist, muss der Gläubiger auch nachweisen, dass dies vom Schuldner zu vertreten ist.

Grundsätzlich Ähnliches, jedoch mit erheblich abweichenden Einzelheiten, schlägt auch Hans Stoll[5] vor. Er unterscheidet zunächst ähnlich wie Heinrich Stoll[6], und zwar zwischen schuldrechtlichen Schutzpflichten, die in Wahrheit nur aus dem sozialen Kontakt entsprängen, und Leistungspflichten, welche - insoweit im Unterschied zu Heinrich Stoll - auch auf Schutzleistung sollen gerichtet sein können. Bei Verletzung der ersteren müsse der Geschädigte den vollen objektiven und subjektiven Tatbestand des Schadensersatzanspruches nachweisen, bei Verletzung der letzteren gelte durchweg die Regel der §§ 282, 285 BGB[7]. Innerhalb der Gruppe der Leistungspflichten

---

3) ebenso, mit anderer Begründung, Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 8o (teleologische Reduktion)

4) bei Schutzpflichten das Ausbleiben des Sicherungserfolges, das heißt die Rechtsgutverletzung, wobei die Frage auftauchen kann, wie weit die Sicherungserfolgspflicht geht, nämlich entweder so weit, dafür zu sorgen, die Person des Gläubigers und seine sonstigen Rechtsgüter ähnlich wie einen verwahrten Gegenstand unbeschadet an das Vertragsende zu bringen, oder nur dahin zu erreichen, dass der Gläubiger durch die und bei der Vertragserfüllung nicht durch den Schuldner, dessen Erfüllungsgehilfen oder dessen mangelhafte Sachen verletzt wird; s. oben, S. 82, 83; 1o1; 155, 156

5) Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für v. Hippel, S. 517 ff., insbesondere S. 523, 523-527, 54o, 549, 554

6) Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP Bd. 136, 257 ff., 313

7) Hans Stoll, a. zuletzt a.O., S. 554

differenziert Stoll dann in Anlehnung an die Unterscheidung des französischen Rechts zwischen obligation de moyens und obligation de résultat[8]; ist die Schlechterfüllung einer Handlungsschuld Anspruchsgrundlage, dann sei dem Gläubiger entsprechend §§ 282, 285 BGB erspart die subjektive Pflichtwidrigkeit (das Verschulden) des Schuldners darzutun; ist dagegen eine Erfolgsschuld schlecht erfüllt, hier gleichbedeutend mit nicht erfüllt, dann sei dem Gläubiger außerdem auch der Nachweis der objektiven Pflichtwidrigkeit erspart.
Bereits an dieser Stelle[9], d.h. noch auf dem Boden des Versuchs einer analogen Verwendung des Begriffspaars obligation de moyens und obligation de résultat selbst, müssen erhebliche Bedenken gegen die Erwägungen Stolls vorgebracht werden. Denn sein Ergebnis, dass bei der Gruppe der Handlungsschulden der Schuldner immer in entsprechender Anwendung der §§ 282, 285 BGB auch einen Teil der Beweislast, nämlich hinsichtlich des Fehlens seines Verschuldens, tragen soll, stimmt weder mit den Ergebnissen des französischen Rechts selbst noch mit denen der deutschen Rechtsprechung überein. Bei Verletzung einer obligation de moyens hat der französische Gläubiger eben "alles", nämlich die faute des Schuldners, in der Stoll selbst die Vereinigung von objektiver und subjektiver Pflichtwidrigkeit sieht[10], zu beweisen. Unddie deutsche Rechtsprechung nimmt in den Fällen, in denen sie das Herrühren der Schädigung aus dem Gefahrenkreis des Schuldners verneint[11], an, daß die §§ 282, 285 BGB unanwendbar sind und der geschädigte Gläubiger auch die Schuld des Schuldners beweisen muss[12]. Dieser Widerspruch zur deutschen Rechtsprechung wird besonders

---

8) wobei er die Differenzierung anscheinend begrenzt auf die obligation de sécurité bzw. die entsprechenden Pflichten des deutschen Rechts; Hans Stoll, a. zuletzt a.O., S. 539

9) wegen entscheidender systematischer Bedenken s. unten, S.172

10) Hans Stoll, a. zuletzt a.O., S. 54o

11) beispielsweise BGH 4, 138 und BGH LM Nr. C 25 zu § 286 ZPO (Arzthaftung; s. oben, S. 137, 138); BGH Versicherungsrecht 1958, 6o5 (Reitlehrer; s. oben, S. 91); BGH Versicherungsrecht 1959, 462 (Jahrmarktvergnügen "rollende Tonnen"; s.o., S. 96); BAG JZ 1967, 179 (gefahrgeneigte Arbeit; s.o., S. 133); OLG Düsseldorf, NJW 1966, S. 736 (Fahrschüler; s.o., S. 91)

12) ebenso Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 79

deutlich in dem von Stoll ausführlich behandelten Falle der Arzthaftung[13]; Stoll bezieht zu dieser Abweichung seines Ergebnisses von der deutschen Rechtsprechung keine Stellung und dringt wohl deswegen nicht zu dem Punkte vor, in dem deutsche und französische Rechtsprechung am verwertbarsten übereinstimmen[14]. Stoll geht davon aus, dass je nach dem Sinn des Vertrages ein Sicherungserfolg oder nur Sicherungsvorkehrungen geschuldet sein könnten, wobei die Beherrschbarkeit der Gefahr und die Einwirkungsmöglichkeit des Schuldners eine wesentliche Rolle zu spielen hätten[15]; wenn aber die geringere Beherrschbarkeit der Gefahr und Einwirkungsmöglichkeit durch den Schuldner im Wege der Auslegung und Ergänzung des Vertragssinnes zur Annahme einer blossen Handlungspflicht, bei der der Mißerfolg außerhalb des durch die Schuld umrissenen Verantwortungsbereichs des Schuldners liegt[16], und deswegen dazu führen soll, daß der Gläubiger jedenfalls die objektive Pflichtwidrigkeit (Rechtswidrigkeit) des Schuldnerverhaltens nachzuweisen hat[17], dann besteht auch kein innerer Grund, den Gläubiger in diesen Fällen vom Nachweis des Verschuldens (der subjektiven Pflichtwidrigkeit) zu befreien.
Außerdem scheint es, als wären in diesem Zusammenhang die Ausführungen Stolls in sich widersprüchlich. Die Vorschriften über die Unmöglichkeit seien, so führt er aus[18], auf solche Leistungen zugeschnitten, bei welchen der Schuldner einen über die Leistungstätigkeit hinausgehenden Erfolg schuldet. Eine Vorschrift über die Unmöglichkeit ist auch die Beweislastregelung in § 282 BGB. Andererseits ist im Falle der Leistungs-

---

13) Hans Stoll, a. zuletzt a.O., S. 553, 554

14) hierzu, s.u., S. 176, 18o

15) Hans Stoll, a. zuletzt a.O., S. 539, 556

16) Hans Stoll, a. zuletzt a.O., S. 539

17) was freilich schon deswegen erforderlich ist, weil, jedenfalls bei der blossen Handlungsschuld, eine Vertragsverletzung oder Vertragsstörung allein am Ausbleiben eines Erfolges bzw. Eintreten eines mißbilligten Erfolges und ohne Abgabe wenigstens eines Unrechtsurteils gar nicht festgestellt werden kann; damit soll andererseits nicht gesagt sein, daß bei Erfolgsschulden die objektive Pflichtwidrigkeit (Rechtswidrigkeit) der Vertragsverletzung im Sinne eines erfolgsbezogenen Unrechtsbegriffs mit dem blossen Ausbleiben des Erfolgs identisch sei (in diesem Sinne aber im Ausgangspunkt Esser, Arbeitskampf und Vertragstreue, JZ 1963, 489 ff.)

18) Hans Stoll, a. zuletzt a.O., S. 535

handlungspflichten eben kein über die Leistungshandlung hin ausgehender Erfolg geschuldet, weshalb konsequenterweise anzunehmen wäre, daß auf die Leistungshandlungspflichten (abgesehen von der Frage des überhaupt Erbringens) § 282 BGB gerade keine Anwendung finden dürfte. Schließlich zwingt die Annahme, daß sich auch im Falle der Verletzung von Handlungspflichten der Schädiger vom Verschuldensvorwurf gem. § 282 BGB entlasten muss, Stoll dazu, im Bereich der blossen Handlungspflichten objektive Pflichtwidrigkeit und Schuld voneinander abzugrenzen. Bereits Raape erkannte, dass diese Abgrenzung ihre Tücken hat[19]. Seit dem Beschluß des BGH GS 24, 21 ff., sind jedoch in der Zivilrechtsdogmatik erhebliche Meinungsverschiedenheiten darüber entstanden, wie sich Rechtswidrigkeit und Schuld (insbesondere Fahrlässigkeit) zueinander verhalten, wobei es weniger darum geht[20], die durch bestimmte Ausschnitte des Lebenssachverhaltes erfüllten Voraussetzungen welche im Zusammenwirken zum Tatbestand des Schadensersatzanspruches führen, zu erweitern, sondern darum, welchem Tatbestandsmerkmal - Vertragsstörung, objektive Pflichtwidirgkeit (Unrecht), Schuld (subjektive Pflichtwidrigkeit) - diese Sachverhaltsausschnitte einzuordnen seien[21]. Die Erörterungen gingen zwar speziell vom Deliktsrecht aus, aber es wird ihnen mehr und mehr auch die erforderliche Beachtung im Recht der Forderungsverletzungen geschenkt[22]. Die unklaren Vorstellungen darüber, ob ein Teil des fraglichen Lebenssachverhalts der objektiven oder der subjektiven Pflichtwidrigkeit zu subsummieren

---

19) Raape, Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung, AcP 147, 218, 219; s. auch Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 283, 2. Abs. a.E.

20) abgesehen von der Lehre Nipperdeys, Enneccerus-Nipperdey, 15. Bearbeitung, 2. Halbband, § 213, II. 2., wonach sich der Schuldner grundsätzlich auch durch den Nachweis nicht ausreichender persönlicher individueller Fähigkeiten soll entlasten können

21) Überblick über die verschiedenen Meinungen bei Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, S. 91 - 97, 98 - 121

22) Manfred Löwisch, Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung von Forderungsverletzungen, AcP 165, 421 ff., 422; Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Auflage, Vorbemerkung Nr. 81, 2. Absatz, vor § 276; vergl. Esser, Arbeitskampf und Vertragstreue, JZ 1963, 489 ff.; Zeuner, Gedanken über die Bedeutung und Stellung des Verschuldens im Zivilrecht, JZ 1966, 1 ff.; Zeuner, Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht, JZ 1961, 41 ff.; Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, S. 123 unter d)

ist, werden vielfach beim Gebrauch des Wortes "Sorgfalt" deutlich[23]. Wenn der Obersatz besteht, dass der Gläubiger die objektive Pflichtwidrigkeit, der Schuldner dagegen das Fehlen des Verschuldens zu beweisen habe, dann muss feststehen, was das eine und das andere besagen und welche Ausschnitte des tatsächlichen Geschehens dementsprechend zum Beweise durch den Schuldner oder den Gläubiger heranstehen. Eine aufgrund reiner Transformierung der französischen Doktrin versuchte Lösung hätte dagegen den Vorteil, diese schwierige Abgrenzung vermeiden zu können, da sie bei den Handlungsschulden den Nachweis aller Tatbestandsmerkmale des Schadensersatzanspruches vom Gläubiger verlangt und, was noch auszuführen sein wird, bei den Erfolgsschulden - insoweit wie Hans Stoll - den blossen Nachweis, dass der Erfolg nicht eingetreten ist, genügen lässt, weshalb alle das Unrechts- und Schuldurteil betreffenden Umstände voll dem Entlastungsbeweis unterfallen. Dieser Vorteil bestünde auch gegenüber der Formel Raapes und gegenüber der Lösung der Rechtsprechung in allen Fällen, in denen diese das Herrühren der Schadensursache aus dem Gefahrenkreis des Schuldners bejaht, was zu der wünschenswerten Verringerung der Unsicherheiten in diesem Problemkreis beitragen könnte[24].

3.

Der Entlastungsbeweis, der vom Schuldner im Falle der Verletzung einer Leistungserfolgspflicht, also bei Ausbleiben des Erfolgs, zu führen ist, geht entweder darauf, dass er nicht objektiv pflichtwidrig (rechtswidrig), oder, wenn das misslingt, darauf, dass er nicht schuld-

---

23) Zeuner, JZ 1966, S. 6, Sp. 2 unten; ferner Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, S. 153, Fn. 479;
das ist typisch für einige Entscheidungen des BGH gerade im Zusammenhang mit dem Beweislastproblem; beispielsweise BGH NJW 62, 32 (Ausrutschen auf Bananenschale im Kaufhaus; s.o., S. 115); BGH 28, 251 (Architektenhaftung; s.o., S. 131); BGH Versicherungsrecht 1958, 6o5 (Reitschule); BGH 8, 239 (Beförderungsvertrag; s.o., S. 82); BGH LM Nr. 6 zu § 377 HGB (Kaufvertrag, Lieferung der falschen Strumpfsorte)

24) auch gegenüber der weiteren Differenzierung von Hans Stoll, die von vornherein zur Ausklammerung der lediglich auf sozialem Kontakt beruhenden schuldrechtlichen Schutzpflichten führt, bestehen Bedenken, weil eine Abgrenzung von solchen Pflichten und von Leistungspflichten mit Schutzzweck kaum möglich ist; das Problem liegt vielmehr, wie das Zögern der französischen Rechtsprechung bei der Annahme von durch vertragliche Ersatzansprüche sanktionierten Schuldnerpflichten zeigt, einen Schritt früher, nämlich bei der Frage, ob so weitgehende Vertragspflichten überhaupt anerkannt werden sollen

haft (subjektiv pflichtwidrig) gehandelt habe[25]. Ausgangspunkt ist, dass die Feststellung der Schuldstörung erfolgen kann, ohne dass ein Unrechts- oder Schuldurteil hinsichtlich des Schuldnerverhaltens abgegeben werden muss. Dass sonach dem Gläubiger auch der Nachweis der objektiven Pflichtwidrigkeit erspart sein soll[26], stimmt mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs faktisch in vielen Fällen überein, auch wenn das Gericht vorgibt, den Gläubiger lediglich vom Verschuldensnachweis zu befreien[27].

Dieser Entlastungsbeweis auch hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit liesse sich dem Wortlaut des § 282 BGB bei dessen unmittelbarer Anwendung auf Unmöglichkeit bzw. bei dessen entsprechender Anwendung auf positive Vertragsverletzung einordnen. Zwar wird üblicherweise das "zu vertreten haben" in § 282 BGB unter Verweisung auf § 276, Abs. 1, Satz 1 und 2 BGB grundsätzlich als Schuld (Vorsatz und Fahrlässigkeit) aufgefasst[28]. Wenn aber gilt, dass der Begriff des Vertretenmüssens "nur scheinbar mit dem Schuldmasstab des § 276 BGB voll ausgeschöpft" ist[29], und zumindest, wenn § 276, Abs. 1,S. 2 BGB zugleich einen

---

25) schließlich kann der Schuldner, sollte beides mißlingen, dartun, dass sein schuldhaft rechtswidriges Verhalten nicht Ursache für den Mißerfolg geworden ist; vergl. Hans Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 54o; die besonderen Probleme dieser Frage bleiben im Rahmen der vorliegenden Arbeit unerörtert

26) zustimmend Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 284, 285; Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, insbesondere S. 54o, 549; Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 73, 79; ablehnend Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, S. 154, Fn. 487

27) so in den Fällen BGH 8, 239 (Personenbeförderung; s.o., S. 82); BGH 27, 236 (Schleppkahn); BGH NJW 64, 33 (Mieter durch eindringendes Wasser aus dem Obergeschoß geschädigt) - zu diesen Fällen unter dem angesprochenen Gesichtspunkt ebenso Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 284 285, und Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 68 69; ferner BGH 3, 162 und 41, 151 (Verwahrung; s.o., S. lol); BGH 28, 251 (Architektenhaftung; s.o., S. 131); BGH NJW 1962, 31 (Bananenschalenfall; insofern, als das Liegenlassen der Bananenschale nicht unbedingt objektiv pflichtwidrig gewesen zu sein braucht, beispielsweise, wenn diese erst lo Sekunden vor dem Sturze durch einen anderen Kaufhausbesucher weggeworfen wurde; s. oben, S. 99, 115, und Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 549)

28) Palandt, Kommentar zum BGB, 26. Aufl., Anm. 1 zu § 282; Reichsgerichtsrätekommentar, 11. Aufl., Anm. 2 zu § 282; Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Anm. 7 - lo zu § 282, wobei unbestritten darunter auch weitergehende Einstandspflichten gem. § 278 BGB oder aufgrund Gefährdungshaftung bzw. Garantieversprechung fallen sollen; weitergehend Esser, Schuldrecht, S. 212

29) Esser, Schuldrecht, S. 212

objektiven Pflichtenmasstab liefert[30], dann besteht keine Schwierigkeit, im Beweis des Nichtvertretenmüssens des § 282 BGB auch den Beweis mangelnder objektiver Pflichtwidrigkeit zu sehen[31].

4.

Der Grund für die Beweislastdifferenzierung nach Art der verletzten Pflicht ist - und das gilt auch für die gesetzliche Regel aus § 282 BGB, soweit sie keine Einschränkungen erfährt[32] - in der Regelung durch den Vertrag, die sich nicht nur unter dem Erfüllungsaspekt auf die Kategorisierung der einzelnen Vertragspflichten als Leistungshandlungspflicht oder als Leistungserfolgspflicht, sondern auch unter dem Einstandsaspekt auf die entsprechende beschriebene Beweislastverteilung auswirkt, zu sehen.
Mit einer Erfolgsschuld übernimmt also der Schuldner "ein Stück Gewährleistungshaftung"[33] insofern, als er das Risiko des Mißlingens des Entlastungsbeweises trägt[34]. Hierfür lassen sich alle diejenigen Meinungen ins Feld führen, die wenigstens als einen der Gründe der Beweislastverteilung in § 282 BGB das Vertrauen bezeichnen, das der Gläubiger eines Vertragsverhältnisses dem die Leistung übernehmenden Schuldner entgegen bringt[35]. Die vorgeschlagene Begründung der

---

30) Esser, Schuldrecht, S. 186, 192

31) Esser, Schuldrecht, S. 186, führt aus: "hier (erg.: in § 276 I, 1, 2 BGB) haben wir also den gesuchten objektiven Pflichtenmasstab für die Anstrengung und Mühe, die der Schuldner aufzubringen hat, damit sein Versagen nicht von ihm zu verantworten ist, als eine "zu vertretende" Leistungsstörung .."; a.A. Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 285, wonach die vorgeschlagene Beweislastverteilung über eine analoge Anwendung der §§ 282, 285 BGB erheblich hinausgeht; a.A. insoweit auch Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 73; übereinstimmend wohl Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 534 ff.; vergl. auch Enneccerus-Nipperdey, 15. Bearbeitung, 2. Halbband, § 216, Fn. 17, wonach sich der Schuldner hinsichtlich der objektiven Fahrlässigkeit gem. § 282 BGB zu entlasten hat

32) s.o., S. 162

33) Esser, Schuldrecht, S. 213, unter 11.

34) vergl. Esser, Schuldrecht, S. 213, unter 11. e); ähnlich Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 286, ablehnend Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 77

35) vergl. die Übersicht oben, S. 7o, Fn. 2o; ferner Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 535, 536, 539, insbesondere 556, wonach der Grundsatz, dass der Schuldner seine Befreiung von der Schuld dartun muss, "Ausdruck des Leistungsrisikos" ist;
übrigens begründet auch das schweizerische Schrifttum die Beweislastumkehr in Art. 97 OR, welcher für alle Arten von Vertragsstörungen eine einheitliche Haftungs- und Beweislastregelung gibt, soweit er-

Beweislastverteilung setzt die Zulässigkeit von Beweislastverträgen voraus, woran aber kaum Zweifel bestehen[36].
Ob der Schuldner eine Leistungshandlungsschuld oder eine Leistungserfolgsschuld und bei letzterer außerdem die Last des Entlastungsbeweises hinsichtlich mangelnder objektiver Pflichtwidrigkeit oder mangelnden Verschuldens, wenn das Ausbleiben des Erfolges feststeht, beweislastvertraglich übernommen hat, ist gemäss Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte durch Auslegung oder Ergänzung des Vertragssinnes zu ermitteln. Auslegung und Ergänzung richten sich nach bestimmten Unterscheidungskriterien, insbesondere danach, ob nach der meist standardisierten Vorstellung der Vertragsschließenden hinsichtlich der fraglichen Pflicht ein erhebliches Erfüllungsrisiko für den Schuldner besteht.
Eine solche Begründung der Beweislastdifferenzierung wäre, zieht man die insoweit im französischen Recht bestehenden Unsicherheiten[37] in Betracht, eindeutiger oder sogar weiterreichend, als vom französischen

---

sichtlich, ausschließlich mit der vom Schuldner durch den Vertrag übernommenen Leistungspflicht, die es rechtfertige, den Gläubiger besser und den Schuldner schlechter zu stellen: Oser-Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, 1 (OR, allgemeiner Teil), 2. Auflage, 1929, Vorbemerkung zu Art. 97 ff., Randnr. 7; Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, 1 (OR, allgemeiner Teil), 1941, 2. Auflage, Randnr. 96 zu Art. 97; Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 5. Auflage, 1956, S. 193

36) Rosenberg, Die Beweislast, 5. Auflage 1965, S. 86-89; zu beachten sind allerdings die von BGH 41, 151 (zu den Allgemeinen Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports) gezogenen Grenzen; in diesem Zusammenhang erwähnenswert ist eine aus BGH 27, 236 ff., 238 (Schleppkahn) ersichtliche, vom BGH freilich nicht geteilte Meinung des OLG Köln, wonach "nach dem Vertragswillen auch die Beweislastregelung unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Schleppvertrags keine andere sein könne und solle als unter dem üblicherweise allein behandelten Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung"; vergl. ferner RG 76, 185 f, 186/187 bezüglich der Beweislast für das Verschulden bei der Haftung eines Vormundes (§ 1833 BGB): "Von einer solchen Umkehrung (erg.: der Beweislast für das Verschulden) mag gesprochen werden, wenn sich aus der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses ergibt, dass der für sein Handeln schadensersatzpflichtig Gemachte mit seiner Vertragsleistung zugleich eine gewisse Gewähr für deren Erfolg übernommen hat."

37) s.o., S. 77 - 79

Recht vorgegeben. Sie könnten eine jedenfalls gedanklich tragfähige Brücke zwischen den in Betracht kommenden Kriterien: aléa bzw. Gefahrenkreis und der Beweislastverteilung bilden und möglicherweise den Vorwurf an die Rechtsprechung des BGH[38] ausräumen, die Differenzierung nach Gefahrenkreisen ermangele der theoretischen Grundlagen. Diese Begründung schlösse die Anwendbarkeit der versuchten Beweislastverteilung außerhalb des Vertragsrechts aus[39].

II. Nur symptomatische Verwendung der vom französischen Recht herausgebildeten Fallgruppen und Unterscheidungskriterien

1. Undurchführbarkeit einer Übernahme der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens in das deutsche Recht zum Zwecke der Lösung des angeschnittenen Beweislastproblems

Die übereinstimmende Problemstellung und die zu dieser Problemstellung gehörenden vergleichbaren systematischen Grundlagen im deutschen und im französischen Recht sowie vielleicht die Verwendbarkeit der vorstehend zu I. erwogenen Lösung zur erforderlichen Verbesserung der Theorie des angeschnittenen Beweislastproblems im deutschen Recht führen aber nicht dazu, dass eine analoge Verwendung der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens befürwortet werden dürfte.

Vordergründig löst Bedenken gegen eine Übernahme bereits die dargestellte Erkenntnis aus, dass die französische Doktrin selbst unsicher ist, ob die materiellrechtliche Unterscheidung der verletzten Pflichten oder ob in Wahrheit nur sich dahinter verbergende Erwägungen des Prozessrechts die verschiedenen Beweislastfolgen bestimmen[4o]. Es sollte nicht

---

38) vergl. Hans Stoll, a. zuletzt a.O., S. 519, 52o; Hainmüller, Der Anscheinsbeweis, S. 157; Wenninger, Die Beweislast für das Verschulden bei der positiven Vertragsverletzung, S. 56, 57

39) s.o., S. 66, Fn. 39; das gälte wohl auch für den Bereich der Haftung aus culpa in contrahendo - Esser, Schuldrecht, S. 213, der in der Entlastungslast des Schuldners übereinstimmend ein Stück Gewährleistungshaftung sieht, lehnt diese Beweislastverteilung insoweit anscheinend grundsätzlich ab; kritisch auch Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 44; Beweislastumkehr bejahend dagegen BGH NJW 62, 31

4o) s.o., S. 77 - 79

übersehen werden, dass trotz der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens für die Beweislastregelung jeden Wert abspricht[41], dass Carbonnier ihr eher den Wert eines Schlagwortes beimisst[42], und dass die Theorie von Mazeaud-Tunc insoweit widersprüchlich ist[43]. Es sollte ferner nicht übersehen werden, dass sich in der Definition des vom französischen Recht verwendeten Unterscheidungsmerkmals des aléa diese Unsicherheit hinsichtlich der doktrinären Grundlagen der Beweislastregelung fortsetzt[44].

Diese aus der verglichenen Rechtsordnung hergeleiteten Bedenken können jedoch auf sich beruhen. Denn eine spezielle auf die Schuldpflichten bezogene Dogmatik des deutschen Rechts verhindert eine korrespondierende Einteilung in Leistungserfolgs- und Leistungshandlungspflichten im Bereich der das Hauptanwendungsgebiet der positiven Vertragsverletzung bildenden[45] Schutzpflichten oder sogenannten weiteren Verhaltenspflichten[46]. Im deutschen Schuldrecht hat sich allgemein die Unterscheidung zwischen eigentlichen Leistungspflichten und weiteren Verhaltenspflichten (Schutzpflichten) durchgesetzt[47]. Diese Unterscheidung mit vielleicht sogar gewohnheitsrechtlichem Charakter[48] beruht darauf, dass jedes Schuldverhältnis grundsätzlich final von den Parteien darauf angelegt ist, eine von vornherein bestimmte Leistung herbeizuführen, während einzelne Verhaltensweisen als vom Schuldner geschuldet sich erst im weiteren Verlauf mit Rücksicht auf die jeweilige Situation erge-

---

41) s.o., S. 72, 73

42) Carbonnier, Théorie des obligations, S. 272: "au moins une valeur suggestive"

43) s.o., S. 75

44) s.o., S. 145 - 147

45) s.o., S. 6, 27

46) zur Terminologie s.o., S. 6

47) Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 9; ebenso Heinrich Stoll, Abschied, AcP 136, S. 257 ff., 289; Esser, Schuldrecht, S. 103, 104, 106, 107; Thiele, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, S. 650 ff., insbesondere S. 653, Sp. 2, S. 657, Sp. 2; a.A. Fikentscher, Schuldrecht, S. 175

48) Thiele, a. zuletzt a.O., S. 649, Sp. 1

ben[49]. Die Unterscheidung zwischen den dem Erfüllungsinteresse des Gläubigers dienenden Leistungspflichten und den dem Erhaltungsinteresse des Gläubigers dienenden weiteren Verhaltenspflichten wird auch nicht dadurch verwässert, dass es Leistungspflichten gibt, die lediglich auf sorgfältige Leistungshandlung gerichtet sind[50] und bei denen eine äußerliche Ähnlichkeit mit den weiteren Verhaltenspflichten vorliegt[51]. Würde man annehmen, dass es auch im Bereich der Schutzpflichten (weiteren Verhaltenspflichten) typischerweise eine Zweiteilung in Schutzvorkehrungspflichten und Schutzerfolgspflichten gibt, dann bedeutete das die Überführung von herkömmlicherweise reinen Schutzpflichten in die Ebene der Leistungspflichten; denn jedenfalls den Schutzerfolgspflichten müsste das Moment des final auf den Schutzerfolg Angelegtseins innewohnen. Eine solche, die systematischen Abgrenzungen im materiellrechtlichen Pflichtenbereich auflösende Überführung lediglich zum prozessrechtlichen Zwecke der Beweislastregelung ist nicht gerechtfertigt. Sicher gibt es Fälle, in denen die Vertragspartner kraft Vertragsfreiheit eine Schutzpflicht zur Leistungspflicht erheben[52], aber typisch ist das, auch bei Vorliegen bestimmter anlässlich der Beweislastfrage gewonnener Unterscheidungskriterien wie Fehlen eines aléa oder Vorliegen des alleinigen Gefahrenkreises des Schuldners, eben nicht.

Hans Stoll mißachtet bei seinem Versuch, die Ergebnisse der französischen Doktrin für das Beweislastproblem bei der positiven Vertragsverletzung nutzbar zu machen, die genannte systematische Unterscheidung zwischen Leistungspflichten und Schutzpflichten, indem er, ohne nähere Begründung, annimmt, dass jedenfalls ein großer Teil der herkömmlich durch Schadensersatzansprüche wegen positiver Vertragsverletzung sanktionierten Schutzpflichten Leistungspflichten sind[53]. Deswegen kann, abgesehen von bereits erwähnten anderen

---

[49] Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 5, 7

[50] s.o., S. 62, 63

[51] Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 8

[52] vgl. Thiele, a. zuletzt a.O., S. 650, Sp. 2, S. 651, Sp. 1; Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, S. 7

[53] Hans Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 525, 526, 538, 539, 543

Bedenken[54], dem Lösungsvorschlag Stolls nicht zugestimmt werden. Außerdem wird bei Stoll, auch wenn er ausführt[55]: "Bei dieser Fallgruppe (erg.: der Schlechterfüllung von Obhutspflichten) wird besonders deutlich, dass die Beweislastverteilung entscheidend von der genauen Bestimmung des Leistungsinhalts abhängt.", in Wahrheit, ähnlich wie in der französischen Lehre[56], eben nicht deutlich, wie sich der materiellrechtliche Pflichteninhalt "umsetzt" in eine Regelung der Beweislastverteilung.
Zum Zwecke der Kontrolle des gefundenen Ergebnisses ist zu fragen, was denn im französischen Recht anders strukturiert sei, so dass dort die Beweislastverteilung - sieht man von den oben erwähnten[56] Unsicherheiten einmal ab - durch Verwendung des Pflichtenpaares obligation de résultat und obligation de moyens auf materiell-rechtlicher Ebene geregelt wird. Die Antwort darauf ist: Die Schöpfer des Code civil und lange Zeit französische Rechtsprechung und Lehre waren der Auffassung, dass jede vertragliche Verpflichtung erfolgsgerichtet, obligation de résultat, sei[57], und regelten den aus einer Vertragspflichtverletzung entspringenden Schadensersatz-anspruch in art. 1147 C.c., wonach textgemäss der Schuldner sich nur durch Nachweis einer cause étrangère, gleichbedeutend mit force majeure, als Schadensursache befreien kann. Das hatte zur Folge, dass die Rechtsprechung die Vertragshaftung zumindest in praxi zu einer echten Garantiehaftung, bei der faute des Schädigers nicht mehr Tatbestandsmerkmal war, ausbildete. Diese Ausbildung geschah zunächst, gerade bei Verletzung von obligation de sécurité gewollt, auf dem Hintergrunde des Fehlens eines speziellen Gefährdungs-haftungsrechtes in Frankreich[58], insbesondere im Recht des Personen-beförderungsvertrages[59], indem der mögliche Entlastungsnachweis hinsichtlich cause étrangère außerordentlich erschwert wurde[60]. Teil-weise wurde auch von der Lehre angenommen, faute sei gar nicht Anspruchsvoraussetzung[61]; in der Gegenwart wird gerade in der

---

54) s.o., S. 163 - 165
55) Hans Stoll, a. zuletzt a.O., S. 538
56) s.o., S. 171
57) s.o., S. 15, 74
58) s.o., S. 12, Fn. 26; S. 14
59) s.o., S. 14, 39, Fn. 81
60) s.o., S. 35, 36
61) s.o., S. 28; ferner S. 70, 71

modernsten und umfangreichsten Monographie zur Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens, nämlich von Frossard, die Auffassung vertreten, Haftung aus der Verletzung einer obligation de résultat sei immer Garantiehaftung, "responsabilité objective"[62]; und Mazeaud-Tunc im französischen Hauptlehrwerk zum zivilen Schadensersatzrecht räumen ein, dass zumindest in bestimmten Fällen der Beteiligung fehlerhafter Sachen des Schuldners am Schadenseintritt vertragliche Garantiehaftung vorliege[63]. Das macht es verständlich, dass das französische Recht, innerhalb dessen andererseits bald Klarheit darüber bestand, dass nicht jede Vertragshaftung den Schuldner mit so weitgehenden Einstandsverpflichtungen belasten konnte, wie insbesondere das Beispiel der Arzthaftung zeigte, gezwungen war, bereits auf der Ebene der materiellrechtlichen Leistungsverantwortung einzusetzen und bestimmte Vertragspflichten eindeutig aus dem Bereich von Garantiepflichten herauszunehmen; das geschah dann auch mit der Einführung der blossen obligation de moyens am Beispiel der Arzthaftung im Jahre 1936[64]. In Gestalt dieser seit 1936 geltenden Pflichtenunterscheidung, welche anfänglich vielleicht ausschließlich die Bedeutung der Schaffung verschiedenartiger Anspruchsvoraussetzungen und entsprechend verschieden umfangreicher Beweisthemen: faute im Falle der Verletzung einer obligation de moyens, nicht aber im Falle der Verletzung einer obligation de résultat, hatte, tritt das Problem der Beweislast für die faute bis heute auf; bezeichnenderweise sind sich so bedeutende Autoren wie Mazeaud-Tunc, nachdem es sich bei ihnen erklärtermaßen wenigstens teilweise um ein rein prozessuales Beweislastproblem handelt, anscheinend nicht mehr völlig darüber im klaren, ob und inwiefern wirklich der materiellrechtliche Pflichtenunterschied die Ursache für die verschiedenartige Beweislastverteilung ist[65].

---

[62] s.o., S. 67, 68
[63] s.o., S. 39
[64] s.o., S. 15,16
[65] s.o., S. 75, 76

2. Ergebnis

Obwohl also für das angeschnittene Beweislastproblem im deutschen Recht die theoretisch-elementaren Grundlagen der französischen Doktrin, d.h. die Unterscheidung zwischen obligation de résultat u obligation de moyens, nicht analog verwendet werden können, erweis sich die vorgenommene Rechtsvergleichung nicht als unfruchtbar. Vi mehr können durch sie vorwiegend aus den praktischen Ergebnissen d französischen Rechts Argumente entnommen werden, welche symptomati die Lösungsversuche im deutschen Recht erleichtern.

a) Das Ergebnis der Analyse des französischen Rechtes ist, dass hinsichtlich der Beweislast für das Verschulden bei positiven Vertragsverletzungen zu differenzieren ist, d.h., dass entgegen Raape und den ihm folgenden bis heute wohl herrschenden Lehrmeinungen[66], aber in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bund gerichtshofs eine gleichförmige Beweislastverteilung in entsprechender Anwendung von §§ 282, 285 BGB nicht zutreffend ist[67]. Je nach Interessenlage und Art des Vertrages hat das eine Mal der geschädigte Gläubiger, das andere Mal der schädigende Schuldner die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens des letzteren zu trag Denn wie gezeigt, kennt das französische Recht einmal eine Fallgruppe von, mit dem Gebiet der positiven Vertragsverletzung übereinstimmenden, Vertragsstörungen, innerhalb der der Gläubiger "alles", insbesondere die faute des Schädigers nachweisen muss; die faute andererseits umfasst nahezu alle Elemente mit, aus denen sich im deutschen Recht das Verschulden des Schädigers zusammensetzt[68]. Zum anderen kennt das französische Recht eine Fallgruppe von den positiven Vertragsverletzungen korrespondierenden Vertragsstörungen, in der der geschädigte Gläubiger faute des Schuldners

---

66) s.o., S. 1

67) es wird die Frage offengelassen, wie eine differenzierende Lösung theoretisch zu begründen ist, und wie sie sich zur Regelung der §§ 282, 285 BGB verhält, da von der französischen Doktrin keine förderlichen Hinweise zu den theoretischen Grundlagen zu erwarten sind; die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beantwortet diese Fragen gleichfalls nicht (vgl. Hans Stoll, Die Beweislastverteilung, S. 519, 52o)

68) s.o., S. 32, 33

nicht zu beweisen braucht, der Schuldner sich aber durch den Nachweis fehlender faute, also durch den Nachweis des Fehlens auch der Elemente, die im deutschen Recht das Verschulden des Schuldners bilden, entlasten kann. Insbesondere aus dem Überblick über die Anwendung des Begriffspaares obligation de résultat und obligation de moyens in der Rechtsprechung (4. Kapitel) ergibt sich, dass die französische Rechtsprechung zu ganz ähnlichen Sachverhalten und Vertragstypen wie die deutsche Rechtsprechung zur Beweislastverteilung für das Verschulden bei positiver Vertragsverletzung erging, und dass sie zu auffallend ähnlich differenzierenden Ergebnissen gelangt wie die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Hierfür sind bezeichnend diejenigen Fälle, in denen die deutsche Rechtsprechung das Herrühren der Schadensursache aus dem alleinigen Gefahrenkreis des Schuldners verneint und deswegen die Beweislast des Geschädigten für das Verschulden des Schuldners annimmt - beispielsweise bei der Arzthaftung[69], der Haftung des Reitlehrers[70], der Haftung des Eislaufplatzunternehmers[71], der Arbeitnehmerhaftung bei gefahrgeneigter Dienstverrichtung[72], der Haftung des Jahrmarkt-Schaustellers[73] -, und in denen korrespondierenderweise von der französischen Rechtsprechung die Verletzung einer obligation de moyens mit der Folge der Beweislast des Geschädigten für die faute des Schuldners bejaht wird[74].

b) Das französische Recht zeigt ferner, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit der Verwendung des Differenzierungsmerkmales des Herrührens der Schadensursache aus dem (alleinigen) Gefahrenkreis des Schuldners, entgegen manchen Lehrmeinungen[75], auf dem richtigen Wege ist.

---

69) BGH LM Nr. C 25 zu § 286 ZPO

70) BGH Versicherungsrecht 1958, S. 605

71) BGH Versicherungsrecht 1958, S. 605 (obiter)

72) BAG JZ 1967, S. 179

73) BGH Versicherungsrecht 1959, S. 465 ("rollende Tonnen")

74) s.o., S. 137, 138; S. 91; S. 92; S. 133; S. 96

75) z.B. Staudinger-Werner, Kommentar zum BGB, 10./11. Auflage, Anm. 8 zu § 282: "Krücke des Gefahrenbereichs"

Zunächst ist festzustellen, dass in beiden Rechtsordnungen Unsicherheiten hinsichtlich der dogmatischen Rechtfertigung des jeweils verwendeten Unterscheidungsmerkmals: aléa bzw. Gefahrenkreis besteht. Es wurde gezeigt, dass hinsichtlich des aléa, verständlich aufgrund des materiellrechtlichen Ursprungs der französischen Beweislastdoktrin, zwar in erster Linie auf das Risiko des Schuldners hinsichtlich des von den Parteien ins Auge gefassten Vertragszieles abgestellt wird, dass aber zugleich zur Begründung oder Erläuterung Gesichtspunkte herangezogen werden, die im reinen Prozessdenken begründet sind, nämlich die Gesichtspunkte der Wahrscheinlichkeitserfahrung und der "Nähe" zum Beweis[76]. Am deutlichsten wird das bei Esmein, der unter Ablehnung der Verwendbarkeit der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens ausschließlich darauf abstellt, dass bei eingetretenen Schäden die Wahrscheinlichkeit für faute des Schuldners spreche, und dass dieser am ehesten in der Lage sei, das Gegenteil zu beweisen, dass aber beides nicht zutreffe im Falle von mit aléa umgebenen Vertragszielen[77]. Aber auch Tunc[78] und Mazeaud-Tunc[79], die der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens ein "intérêt fondamental" für die Beweislastverteilung zusprechen, verwenden das Spannungsverhältnis zwischen dem zunächst materiellrechtlich begründeten Merkmal aléa einerseits und den prozessrechtlichen Beweislasterwägungen des plerumque fit und der meilleure aptitude de la preuve andererseits.

Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs rechtfertigt das von ihr zur Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen benutzte Merkmal des Herrührens der Schadensursache aus dem Gefahrenkreis des Schuldners, sofern überhaupt[80], entweder damit, dass sich

---

76) s.o., S. 144 - 146

77) Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle ..., Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 627 ff., S. 649, 659; s.o., S. 72 -

78) Tunc, La distinction des obligations de résultat et des obligatio de diligence, ICP 1945. I. 449, nr. 9, 11

79) Mazeaud, Responsabilité, Bd. 1, S. 781, 783, 784, 117 (nr. 1o3 - s.o., S. 145 - 147

8o) abgesehen davon, dass sich aus der jeweiligen Bezugnahme auf frühere Entscheidungen des BGH, die eine Begründung geben, die Rechtfertigung entnehmen ließe; keine Rechtfertigung z.B. in: BGH Versicherungsrecht, 1958, 6o5 (Reitlehrer); BGH Versicherungs

in diesen Fällen zunächst der Schluß rechtfertige, dass der Schuldner die ihm obliegende Sorgfaltspflicht verletzt habe[81] oder damit, dass es dem Geschädigten nicht zuzumuten sei, einen Beweis über Dinge zu führen, die seinem Gefahrenkreis und oft auch seiner Sachkunde entzogen sind[82], während der Schädiger insoweit die besseren Möglichkeiten hat[83]. Andererseits verwendet auch die deutsche Rechtsprechung gerade in Fällen, in denen sie das Herrühren der Schädigung aus dem Gefahrenbereich des Schuldners abgelehnt und dementsprechend die Beweislast des Geschädigten für das Verschulden des Schuldners bejaht hat, Formulierungen, die mehr auf eine Rechtfertigung des Merkmals Gefahrenkreis im Sinne eines materiellrechtlichen Verantwortungsdenkens hindeuten. So führt der BGH zur Reitlehrerhaftung aus[84]: "Die Gefahr eines Sturzes wohnt dem Reitsport inne; wohl jeder Reitschüler ist schon einmal vom Pferd gestürzt. Das kann auch der sorgfältigste Reitlehrer nicht verhindern.... Die Ursache des Sturzes lag also nicht oder jedenfalls nicht ausschließlich im Gefahrenkreis und Verantwortungsbereich des Reitlehrers". Zur Haftung des Schaustellers führt der BGH aus[85]: "Denn der Beklagte hat gerade nicht die Verpflichtung übernommen, den Kläger sturzfrei und wohlbehalten durch die "rollende Tonnen" gelangen zu lassen. ..

---

recht 1959, 465 ("rollende Tonnen"); BGH Versicherungsrecht 196o, 344 (Brand bei Auftauen einer Wasserleitung); BGH Versicherungsrecht 1962, 325 (Kind fällt aus der Eisenbahn); BGH Versicherungsrecht 1964, 632 (Füllen eines Öltanks); ebenso BAG JZ 1967, 179 (gefahrgeneigte Arbeit); OLG Düsseldorf NJW 1966, S. 736 (Fahrschüler)

81) BGH 8, 239 (nicht geschäftsmäßige Beförderung mit LKW); BGH 27, 236 (Schleppkahn); BGH LM Nr. 6 zu § 377 HGB (Lieferung der falschen Strumpfsorte); ebenso OLG Stuttgart MDR 1959, 1oo9 (Gastwirtschaft)

82) BGH 23, 288 (Einbau einer Warmwasserbereitungsanlage); BGH 28, 251 (Architektenhaftung); BGH 41, 151 (Allgemeine Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports); BGH LM Nr. C 25 zu § 286 ZPO (Arzthaftung); BGH NJW 1962, 31 (Bananenschale im Kaufhaus); BGH NJW 1964, 33 (Schädigung des Mieters durch die Mietsache)

83) darauf, dass es nicht nur auf die Beweisnot des Geschädigten, sondern auch auf die besseren Beweismöglichkeiten des Schädigers ankommt, weist Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 75, mit Recht hin; auch die Entscheidung BGH LM Nr. C 25 zu § 286 ZPO (Arzthaftung) geht ausdrücklich davon aus

84) BGH Versicherungsrecht 1958, 6o5

85) BGH Versicherungsrecht 1959, 465

Den Gefahrenkreis des Stürzens nahm der Kläger daher in Kauf, so dass hierfür den Beklagten keine Verantwortung trifft". Und das Bundesarbeitsgericht sagt zum Falle der gefahrgeneigten Arbeit, ohne, ebenso wie die zuvor zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, die Gesichtspunkte der Beweisnähe oder der Wahrscheinlichkeitserfahrung heranzuziehen[86]: "Dass der Arbeitgeber auf die Bewältigung der gefahrgeneigten Arbeit durch seine Arbeitnehmer angewiesen ist ... gehört auch hinsichtlich der sich hieraus ergebenden Folgen zu seinem Gefahrenbereich und zu seinem Betriebsrisiko. Die gedanklichen Grundlagen des § 282 BGB ... sind somit ... nicht gegeben."
Abgesehen von der Frage der Verwendung eher materiellrechtlicher oder eher prozessrechtlicher Argumentationen, verwenden die zuletzt genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Verneinung des Herrührens der Schadensursache aus dem Gefahrenkreis des Schuldners auch sonst Formulierungen und Detailgesichtspunkte, wie sie in analogen, aber auch in anderen, Fällen von der französischen Rechtsprechung zur Bejahung des Vorliegens von aléa benützt werden. So wird vom Bundesgerichtshof auf die dem Reitsport innewohnende Gefahr, das nur schwer zu lenkende Verhalten des geschädigten Reitschülers selbst, die an sich gefahrvolle Einrichtung von "rollenden Tonnen" oder eines Eislaufplatzes hingewiesen - alles Gesichtspunkte, die die französische Doktrin bei der verallgemeinernden Bildung von Untergruppen des aléa heranzieht[87].
Diese Gleichartigkeit der Erwägungen lässt es zu, aléa und Gefahrenkreis auf einer Ebene miteinander zu vergleichen und, anders als die Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens selbst, die anhand des Merkmals aléa von der französischen Doktrin gefundenen Ergebnisse ohne systematische Bedenken auch im Bereich der auf der Verletzung reiner Schutzpflichten beruhenden positiven Vertragsverletzungen zu benützen. Dabei kann vernachlässigt werden, dass, wie gesagt, im französischen Recht die materiellrechtliche Argumentation mit dem Risiko hinsichtlich des Erreichens des Vertragsziels mehr im Vordergrund steht, weil sich das aus der dargelegten

---

86) BAG JZ 1967, 179
87) s.o., S. 144, 145; S. 91; S. 96

Entwicklung des Beweislastproblems im französischen Recht erklärt[88]. Es zeigt sich, dass aléa und Gefahrenkreis zwar nicht dasselbe sind, dass aber beide den für die Beweislastverteilung maßgebenden Herrschaftsbereich des Schuldners betreffen. Die deutsche Rechtsprechung benutzt den Gefahrenkreis, um den maßgebenden Herrschaftsbereich und mit ihm die Beweislast des Schuldners für sein (fehlendes) Verschulden zu bejahen, die französische Doktrin benützt den aléa, um den maßgebenden Herrschaftsbereich und mit ihm die Beweislast des Schuldners für (Fehlen von) faute zu verneinen. Da beide Rechte, wie sich vor allem an den Fällen, in denen die deutsche Rechtsprechung das Herrühren der Schadensursache aus dem Gefahrenkreis des Schuldners verneint, während die französische Doktrin das Vorliegen eines aléa bejaht, zeigt, zu gleichen Ergebnissen gelangen, lässt sich sagen, dass Gefahrenkreis und aléa Kehrseite derselben Sache sind: Wo ein erheblicher aléa im Sinne seiner Untergruppen - die äußeren dem Vertragsziel entgegenstehenden Umstände, die beachtlichen Einwirkungs- oder Störungsmöglichkeiten des Gläubigers selbst oder Dritter - vorliegt, endet der alleinige[89] Gefahrenkreis des Schuldners.

Diese Erkenntnis erlaubt es, bei Problemen hinsichtlich der Beweislastverteilung für das Verschulden des Schuldners bei einer positiven Vertragsverletzung[90], die auf der nicht klar zu beantwortenden Frage nach dem Herrühren der Schadensursache aus dem alleinigen Gefahrenkreis des Schuldners beruhen, einen Blick auf die zu korrespondierenden Sachverhalten und Vertragstypen etwa vorliegende französische aléa-Rechtsprechung zu werfen, um den "Vorrat an Lösungen zu vermehren" oder um eine ins Auge gefasste Lösung abzusichern.

---

88) s.o., S. 174, 175

89) d.h., der Gefahrenkreis, für den der Schuldner allein verantwortlich ist; dass der Gefahrenkreis, aus dem die Schadensursache herrührt, der "alleinige" oder "ausschließliche" des Schuldners sein müsse, betonen auch BGH Versicherungsrecht 1958, 605; OLG Düsseldorf NJW 1966, 736; anders anscheinend BGH Versicherungsrecht 1964, 632 (Betanken einer Ölheizungsanlage; aber die korrekte Befüllung lag in Wahrheit im allein vom Unternehmer zu verantwortenden Gefahrenbereich, da ein erhebliches Risiko hinsichtlich eines überdruckfreien Befüllens beim Stande der Technik nicht besteht)

90) etwa bei der, erforderlichen, Ausdehnung der Gefahrenkreis-Rechtsprechung auf weitere Vertragstypen über insbesondere Gastaufnahmevertrag, Beförderungsvertrag, Dienst- und Werkvertrag hinaus

Verzeichnis des verwendeten Schrifttums

Aubry et Rau	Droit civil francais, 7. Auflage durch Esmein und Ponsard, Band 1, Paris 1964
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 28. Auflage, München und Berlin 1965
Becker, H.	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, 1 (Obligationenrecht, Allgemeiner Teil), 2. Auflage, Bern 1941
Becquê, Jacques	La protection de la victime d'un dommage corporel et de ses proches dans le cadre contractuel, thèse Montpellier 1943 (zitiert: La protection)
Desserve, Raymond	De quelques difficultés soulevées par le contrat médical, ICP 1956.I.1309
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht, 1. Auflage, Berlin-Frankfurt/M. 1953
Blomeyer, Arwed	Empfiehlt es sich, das Recht der Beweislast und der Beweiswürdigung durch gesetzliche Vorschriften fortzubilden und in welchem Sinne? Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags 1966, Bd.I, Teil 2 A, München und Berlin 1966 (zitiert: Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag)
Brouillonet, Pierre	Des contrats comportant une dette de sécurité, thèse Mont-pellier 1934
Brun, A. et Galland, H.	Droit du travail, Paris 1958
Brunet, Jean	Observations critiques sur les notions d'obligation de sécurité, de fait exonératoire et de faute, Gaz. Pal. 1952.1. chronique, S. 24 ff.
Caemmerer v., Ernst	Wandlungen des Deliktsrechts, in 100 Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, Band 2, S. 49 ff.
Carbonnier, Jean	Théorie des obligations, Paris 1963
Collection de Juris Classeur	Juris Classeur de la responsabilité civ et des assurances (zitiert: Juris class
Cornu, Gérard	Le problème du cumul de la responsabili contractuelle et de la responsabilité délictuelle, Franz. Landesreferat zum V Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Hamburg 1962, in Etudes de droit contemporain (nouvelle série), Pa 1962
Dalloz	Petits codes Dalloz, Code civil annoté d'après la doctrine et la jurisprudence 65. Auflage, Paris 1966 (zitiert: Code civil annoté)

Dalloz	Nouveau répertoire de droit, 2. Auflage, Paris 1965 / 1. Auflage, Paris 1950
David-Constant, Simone	L'influence de la sécurité sociale sur la responsabilité civile, Mélanges offerts à René Savatier, Paris 1965, S. 235 ff.
Demogue, René	Traité des obligations, 7 Bände, Paris 1923-1933
Demogue, René	De l'obligation du vendeur à raison des inconvénients de la chose et de la responsabilité délictuelle entre contractants (à propos d'un arrêt de la Cour suprême du Canada), Rev. trim. dr. civ. 1923, S. 647 ff.
Dietz, Rolf	Das Problem der Konkurrenz von Schadensersatzansprüchen bei Vertragsverletzung und Delikt, Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Hamburg, 1962, Sonderveröffentlichung von Rabels Z, Berlin-Tübingen 1962, S. 181 ff.
Domat	Les lois civiles dans leur ordre naturel, Buch I, Band 2, Paris 1756
Doucet, Michel	Wörterbuch der deutschen und französischen Rechtssprache, Teil 1 (französisch-deutsch), München - Berlin 1960
Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2 Bände, 15. Bearbeitung von Hans Carl Nipperdey, Tübingen 1959/1960 (zitiert: Enneccerus-Nipperdey)
Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958 (zitiert: Enneccerus-Lehmann)
Esmein, Paul	Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, Rev. trim. dr. civ. 1933, S. 627 ff.
Esmein, Paul	L'obligation et la responsabilité contractuelles in Le Droit francais au milieu du xx^{e} siècle, Etudes offertes à Georges Ripert, 1950, Bd. 2, S. 101 ff.
Esmein, Paul	La chute dans l'escalier, JCP 1956.I. 1321
Esmein, Paul	Méditations sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne in Mélanges offerts à René Savatier
Erman u.a.	Handkommentar zum BGB, 2 Bände, 3. Auflage, Münster 1962

Esser, Josef	Schuldrecht, Allgemeiner und Besonder Teil, 2. Auflage, Karlsruhe 1960 (zitiert: Schuldrecht)
Esser, Josef	Arbeitskampf und Vertragstreue, JZ 19 S. 480 ff.
Ferid, Murad	Das Verhältnis des Anspruchs aus une laubter Handlung zum Anspruch aus Ver tragsverletzung im französischen und englischen Recht, Dissertation Münche 1932
Ficker, Hans-Claudius	Die Schadensersatzpflicht des Verkäuf und seiner Vormänner bei Sachmängeln der franz. Rechtsprechung, Schriften- reihe der Gesellschaft für Rechtsver- gleichung, Band 13, 1962 (zitiert: Di Schadensersatzpflicht des Verkäufers)
Fikentscher, Wolfgang	Das Schuldrecht, Berlin 1965
Frossard, Joseph	La distinction des obligations de mo et des obligations de résultat, Paris 1965 (zitiert: La distinction)
Gehring, Walter	Die ärztliche Aufklärungspflicht im französischen Recht, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-,Han dels- und Prozessrecht, Band 28, Biel feld 1964
Giffard,A.E.	Droit romain et ancien droit francais Obligations, Paris 1958
Göschen, J.Fr. L.	Vorlesungen über das gemeine Zivilrec 2.Auflage, Göttingen 1843
Goldschmidt, Simone	L'obligation de sécurité, thèse Lyon 1947
Grandmoulin	Nature délictuelle de la responsabili pour violation des obligations contra tuelles, thèse Rennes 1892
Guhl, Theo	Das Schweizerische Obligationenrecht Einschluss des Handels-, Wechsel- und Versicherungsrechts, 5. Auflage, Zür 1956
Hainmüller, Dietmar	Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässi keitstat im heutigen deutschen Schade ersatzprozess, Tübingen 1966 (zitiert Der Anscheinsbeweis)
Hueck, Alfred,u. Nipperdey, Hans Carl	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Band 6. Auflage 1959 / 7. Auflage 1963, Ber lin und Frankfurt a.M.
Josserand, Louis	Cours de droit civil positif francai 3. Auflage, Paris 1939
Josserand, Louis	L'essor moderne du concept contractue Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Francois Gény, 1935, Band 2, S. 333 ff.

Juglart de	L'obligation de renseignements dans le contrat, Rev. trim. dr. civ. 1945, S.1 ff.
Kamp, Herbert	Zur Haftung ohne Verschulden des Kraftfahrzeughalters (gardien de l'automobile) im franz. Recht, Saarbrücken 1960
Keller, Rolf	Mitverschulden als Generalklausel und als Spezialkorrektur von Einzelhaftungsnormen im deutschen, schweizerischen und französischen Recht, Dissertation Tübingen 1965 (zitiert: Mitverschulden als Generalklausel)
Kleinewefers, Herbert, u. Wilts, Walter	Die Beweislast für die Ursächlichkeit ärztlicher Kunstfehler, Versicherungsrecht 1967, S. 621 ff.
Köncke, Günther	Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1965
Koschaker, Paul	Europa und das römische Recht, München - Berlin 1947
Lacombe, Jean	La responsabilité de l'exploitant d'un magasin à l'égard de ses clients, Rev. trim. dr. civ. 1963, S. 242 ff.
Lalou, Henri	Traité pratique de la responsabilité civile, 5. Auflage, Paris 1955, 6. Auflage durch P. Azard, Paris 1962
Langenscheidt	Taschenwörterbuch der französischen und deutschen Sprache, 1. Teil (französisch-deutsch), bearbeitet von Lange- Kowal, Berlin-München 1964
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München und Berlin 1967
Lehnardt	Responsabilité de l'employeur en cas de perte, vol ou détérioration d'objets ou effets appartenant aux salariés et apportés par eux sur les lieux du travail, L'informateur du chef d'entreprise (quest. prud. et fisc.) 1959, S. 1o6 ff.
Löwisch, Manfred	Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung von Forderungsverletzungen, AcP, Bd. 165 (NF Bd. 45), S. 421 ff.
Malinvaud, Philippe	La responsabilité des incapables à l'occasion d'un contrat, thèse Paris 1965
Marty et Raynaud	Droit civil, Band II, 1 (Les obligations), Paris 1962
Mazeaud, Henri	La responsabilité civile du vendeur fabricant, Rev. trim. dr. civ.1955, S. 611 ff.
Mazeaud, Henri	Essai de classification des obligations: Obligations contractuelles et extracontractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence, Rev. trim. dr. civ. 1936, S. 1 ff. (zitiert: Essai de classification des obligations)
Martine, Edmond Noel	L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle,

Mazeaud, Henri, Léon et Jean	Lecons de droit civil (zitiert: Lecons Band 2, 1. Auflage Paris 1956 / 2. Auflage Paris 1962 Band 3, 1. Auflage Paris 1960 / 2. Auflage Paris 1963
Mazeaud, Henri et Leon - Tunc, André	Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 3 Bände, Band 1, 6. Auflage, Paris 1965 Band 2 und 3, 5. Auflage, Paris 1958 Band 1 und 2, 4. Auflage, Paris 1947/1949 (noch ohne Mitwirkung von Tunc)
Meißner, Hellmut	Die Beweislast bei positiver Forderungsverletzung, Diss. Erlangen 1938
Metzger, M.E.	L'influence du Code civil dans le monde in Travaux de la Semaine Internationale de Droit 1950, Paris 1954
Michaelis, Karl	Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechtes, Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Sieber, Leipzig 1943, Bd 2, S. 185 ff.
Morel, René	La réparation du préjudice, Cours de doctorat, Paris 1951/52
Nirk, Rudolf	Die Lehre von der culpa in contrahendo in rechtsvergleichender Darstellung als kritischer Beitrag zur Lehre vom sozialen Kontakt, Dissertation Tübingen 1951
Nirk, Rudolf	Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, Rabels Z, 18. Jahrgang, 1953, S. 310 ff.
Nerson, Roger	Préface zu Frossard, La distinction
Oser-Schönenberger	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, 1 (Obligationenrecht Allgemeiner Teil), 2. Auflage, Zürich 1929
Pache, Pierre	La distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat en droit francais et son application en droit suisse, thèse Lausanne 1956
Palandt u.a.	Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar 26. Auflage, München und Berlin 1967
Planiol- Ripert - Esmein	Traité pratique de droit civil francai Band VI, 1 (Obligations), 2. Auflage, Paris 1952
Pothier	Oeuvres de Pothier, Band 3 (Traité du contrat de vente et de retraits), Ausg Paris 1821
Prölss, Jürgen	Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, Beiträge zum Privat- u. Wirtschaftsrecht, Bd. 7, Karlsruhe 1966
Prölss, Jürgen	Die Beweislastverteilung nach Gefahrenkreisen, Versicherungsrecht 1964, S. 901 ff.

Raape, Leo	Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung. Zugleich ein Beitrag zur Überlassung von Sachen von gefahrdrohender Beschaffenheit, AcP Bd. 147 (NF Bd. 27), S. 217 ff. (zitiert: Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung oder: Die Beweislast)
Rabel, Ernst	Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, München 1925
Rabinovitch, W.	Ski et droit: les engins de remontée mécanique, ICP 1965.I.1953
Rabinovitch, W.	Les sports de montagne et le droit, Paris 1959
Reichsgerichtsrätekommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Auflage, Berlin Bd. I, 2. Teil (Recht der Schuldverhältnisse) §§ 241-432, bearbeitet von Nastelski, Wilde, Löscher, Fischer, 1960 Bd.II, 1. Teil (Einzelne Schuldverhältnisse) §§ 433-704, bearbeitet von Denecke, Pritsch, Kuhn, Wilde, 1959
Ripert, Georges	La règle morale dans les obligations civiles, 4. Auflage, Paris 1949 (zitiert: La règle morale)
Rodière, René	Une notion menacée: la faute ordinaire dans les contrats, Rev. trim. dr. civ. 1954, S. 201 ff. (zitiert: Une notion menacée)
Rodière, René	Le régime legal de l'obligation de sécurité due par les transporteurs à leurs voyageurs, ICP. 1952.I.997 (zitiert: Le régime legal)
Rodière, René	Droit des transports, Band III, 1, Paris 1960
Rosenberg, Leo	Die Beweislast, 5. Auflage, München und Berlin 1965
Rother, Werner	Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München - Berlin 1965
Rouast, A., et Durand, P.	Droit du travail, 3. Auflage, Paris 1963
Sainctelette, Ch.	De la responsabilité et de la garantie, Brüssel - Paris 1884
Saleilles, Raymond	Essai d'une theorie générale de l'obligation d'aprés le projet de code civil allemand, Paris 1890
Sandrock, Otto	Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, Frankfurt a.M. 1966
Savatier, René	Traité de la responsabilité civile en droit francais civil, administratif, professionnel, procédural, 2 Bände, 2. Auflage, Paris 1951 (teilweise zitiert: Responsabilité)

Savatier, René	Le dommage et la personne, D 1955.chron que, S. 5 ff.
Ségur, Louis	La notion de faute contractuelle en dro civil francais, thèse Bordeaux 1954, Aix-en-Provence 1956
Serick, Rolf	La responsabilité civile en droit alle- mand, Rev. int. dr. comp. 1955, S. 56o
Soergel-Siebert u.a.	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungs gesetz und Nebengesetzen, 2 Bände, 9.Au lage, Stuttgart 1959/1962
Starck, B.	Essai d'une théorie générale de la res- ponsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris 1947 (zitiert: Essa d'une théorie générale de la responsa- bilité civile)
Staudinger u.a.	Kommentar zum BGB, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, lo./ll. Auflage, Berlin 1959-1967 Teil 1 a), §§ 241, 243-248, bearbeitet von Weber, 1967 Teil 1 c), §§ 249-327, bearbeitet von W ner und Kaduk, 1967 Teil 1 d), § 242, bearbeitet von Weber, 1961 Teil 3, §§ 611-7o4, bearbeitet von Nipp dey, Mohnen, Neumann, Riedel, 1958
Stoll, Hans	Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für Fritz v. Hippel, herausgegeben von E sse und Thieme, Tübingen 1967, S. 517 ff. (teilweise zitiert: Die Beweislastver- teilung oder: Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen)
Stoll, Hans	Das Handeln auf eigene Gefahr. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Bonn 1961
Stoll, Heinrich	Abschied von der Lehre von der positive Vertragsverletzung, AcP Bd. 136 (NF Bd. 16), S. 257 ff. (teilweise zitiert: Abschied)
Thiele, Wolfgang	Leistungsstörung und Schutzpflichtver- letzung. Zur Einordnung der Schutzpflic verletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts, JZ 1967, S. 65o ff.
Tunc, André	La distinction des obligations de résul tat et des obligations de diligence, ICP 1945.I.449
Tunc, André	Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1945, S. 235 ff.
Vangerow v., K.A.	Lehrbuch der Pandekten, 7. Auflage, Mar burg - Leipzig 1869

Wenninger, Axel — Die Beweislast für das Verschulden bei der positiven Vertragsverletzung, Dissertation Tübingen 1964

Wieacker, Franz — Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht, in Festschrift für H.C. Nipperdey, München und Berlin 1965 Band 1, S. 783 ff.

Zeuner, Albrecht — Gedanken über die Bedeutung und Stellung des Verschuldens im Zivilrecht, JZ 1966, S. 1 ff.

Zeuner, Albrecht — Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht, JZ 1961, S. 41 ff.

L e b e n s l a u f

Am 29.9.1936 wurde ich in Stuttgart als Sohn des Volksschulrektors Fred Hils und dessen Ehefrau Margarete, geb. Köhler, geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Den Schulbesuch beendete ich mit der Ablegung des Abiturs am Johannes-Keppler-Gymnasium in Stuttgart im Frühjahr 1955. Anschliessend studierte ich neun Semester Rechtswissenschaft, davon acht Semester in Tübingen und das 3. Semester an der FU Berlin. Vor der Prüfungskommission des Landesjustizprüfungsamtes legte ich am 11. Dezember 1959 in Tübingen die Erste juristische Staatsprüfung ab. Nach der Ausbildung als Gerichtsreferendar bestand ich am 13. Dezember 1963 vor der Prüfungskommission des Landesjustizprüfungsamtes in Stuttgart die Zweite juristische Staatsprüfung. Seit 8. Mai 1964 bin ich als Rechtsanwalt bei dem Landgericht Stuttgart zugelassen.